

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Etude sur les formes du Testament

dans

l'Ancien Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 2 juin 1913, à 1 h. 1/2

PAR

Jean BOURDEL

LICENCIÉ ÈS-LETTRES

Président : M. CHARLES LEFEBVRE.

Suffragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, *Professeur*,
 PLANIOL, *Professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Etude sur les formes du Testament

dans

l'Ancien Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 2 juin 1913, à 1 h 1/2

PAR

Jean BOURDEL

LICENCIÉ ÈS-LETTRES



Président : M. CHARLES LEFEBVRE.

Suffragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, *Professeur*,
 PLANOL, *Professeur*.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13

1913

ÉTUDE SUR LES FORMES DU TESTAMENT

dans l'ancien droit français

INTRODUCTION

I

Le testament est un des rares actes restés solennels dans notre droit contemporain ; il doit être rédigé dans certaines formes déterminées par la loi ; par suite, une déclaration de volonté faite verbalement n'aurait aucune force légale, pas même si elle était accompagnée d'une promesse d'exécution faite par les héritiers présomptifs du défunt ou si elle était constatée par écrit comme pour un contrat. Il en est de même dans toutes les législations modernes qui se piquent pourtant de s'être libérées d'un vain formalisme.

Le testament est, en effet, l'un des actes juridiques les plus importants qui se puissent trouver, puisqu'il règle la transmission et la dévolution des biens à titre universel, c'est-à-dire de fortunes entières ou de parties de fortunes ; il ne doit pas être accompli à la légère et d'une façon quelconque. D'autre part, le testateur n'est plus là au moment de cette transmission ; s'il lui est loisible de distribuer selon sa volonté,

les biens qui sont en sa possession, encore faut-il que cette volonté soit bien la sienne ; aussi les intentions du disposant doivent-elles être exprimées dans des formes fixées d'avance, qui les mettent à l'abri de l'intrigue et de la suggestion de tiers intéressés au moment où elles sont exprimées, et qui en assurent la conservation et l'exécution après le décès du de cujus.

Quelle que soit la doctrine que l'on professe relativement à l'origine historique des testaments, il est facile de comprendre l'intervention de la loi pour réglementer le formalisme de tels actes.

Si, comme le pensaient les juristes de notre ancien droit, les successions « ab intestat » ont préexisté aux dispositions de dernière volonté et si la faculté de tester n'est qu'une possibilité de déroger aux règles établies pour la transmission des biens par décès, la loi a sans doute élevé la volonté de l'homme au-dessus des établissements qu'elle avait dressés pour régler la forme des successions légitimes, et a donné au disposant une espèce de puissance législative ainsi que le pouvoir de déroger à la loi publique sur les successions « ab intestat ». Mais elle n'a point entendu donner à un simple particulier une telle puissance sans aucune réserve ; elle y a fixé des bornes en imposant des conditions et des formalités auxquelles la faculté de tester est rattachée.

Si au contraire la dévolution des biens « ab intestat » n'est que l'interprétation présumée des intentions du défunt, si en d'autres termes le testament a précédé dans l'histoire les lois qui fixent à son défaut la dévolution des biens après décès, la volonté de la

personne décédée doit être placée au-dessus des règles législatives : c'est en quelque sorte le défunt qui fait la loi et il distribuera sa fortune comme bon lui semblera ; dans cette doctrine, le principe de la liberté de tester est absolu. Mais encore faut-il que les dispositions proviennent bien du testateur et soient exécutées selon ses vœux. La loi doit intervenir pour régler l'application du principe et pour éviter les abus et les faux ; une des interventions les plus efficaces consiste à réglementer les formes de l'acte, de façon à empêcher toute fraude des tiers.

De là proviennent toutes les solennités dont les testaments doivent être revêtus à peine de nullité ; introduite dans l'intérêt public, personne ne peut y déroger : « Testamenti factio non privati sed publici juris est, ideoque forma ejus privatorum pactis non laeditur » (1).

II

Nous n'avons pas besoin d'appeler l'attention sur l'importance des formes en matière testamentaire puisque de ces formes dépend la validité de tout testament. Les diverses manières de tester qui figurent dans notre Code civil ont été empruntées à l'ancien droit français ; il nous a donc paru intéressant de remonter au-delà de la Révolution et de rechercher dans les anciennes lois, les coutumes et les ordonnances l'origine et les transformations de ces modes

(1) Ricard, « Traité des donations entre vifs et testamentaires », part. I, n° 1284 ; — Furgole, « Traité des testaments », chap. 2, sect. 1, n° 2 ; — Code VI, 23, 13.;

de testament. Nous verrons qu'ici comme ailleurs, la législation française est la résultante de trois principaux courants : droit romain, droit canonique et droit barbare bientôt transformé en droit coutumier ; notre race elle-même n'est-elle pas un mélange d'éléments latins et d'éléments germaniques façonnés par le christianisme ?

a) En droit romain, le testament est un acte extrêmement grave ; au début, l'assentiment des pouvoirs publics était nécessaire pour sa validité. On pouvait, en effet, y insérer une foule de dérogations aux règles du droit commun et aux lois votées par les comices. Non seulement le disposant pouvait dépouiller entièrement sa famille et transmettre tous ses biens à des tiers selon son bon plaisir, au moyen de l'institution d'héritier, mais il pouvait régler cette dévolution pendant plusieurs générations en insérant des substitutions qu'il pouvait imposer même à ses enfants (substitutions pupillaires, quasipupillaires). Le testament n'est pas uniquement un acte fixant la transmission des fortunes après décès ; on peut y introduire des affranchissements même collectifs d'esclaves, y nommer des tuteurs à ses enfants impubères ou des curateurs à ses descendants en état de démence, etc.

Les formes d'une institution de cette importance devaient être très étroitement réglementées. Le droit romain primitif exigeait une cérémonie dont les rites étaient fort solennels ; et la moindre infraction aux formalités exigées par la loi provoquait la nullité de toute l'opération juridique. Certes, la faculté de tester est considérée comme l'un des attributs du paterfamili-

lias romain, l'une des marques de sa qualité de citoyen ; et toute disposition testamentaire est favorisée et préférée à une dévolution « ab intestat ». Mais si le droit romain se montre très favorable pour tout ce qui concerne le fond des dispositions, il est forcé d'en régler étroitement les formes pour en assurer l'exécution et éviter les abus qui auraient pu être commis par des intrigants désireux de s'attribuer sans titre tout ou partie de la fortune d'un défunt (1). Nous verrons au cours de cette étude que souvent la sévérité des formes exigées pour les libéralités de dernière volonté est en raison inverse de la faveur dont jouissent ces mêmes libéralités relativement au fond ; plus il est permis de disposer largement au profit des légataires, plus les personnes de mauvaise foi seront tentées de commettre des escroqueries pour imaginer de fausses dispositions et plus il sera nécessaire en conséquence de resserrer les solennités. Il est donc bien difficile de séparer complètement une étude des formes du testament d'une étude du fond.

Lorsque, sous l'empire romain, les manières de tester se simplifient, la faculté de disposer — tout en restant très étendue — subit des restrictions législatives ; le

(1) Tels sont les motifs qui ont contribué au maintien, dans la suite des temps, des formalités testamentaires. Au début, le formalisme requis à Rome — consentement des comices — était exigé parce qu'une décision populaire était considérée comme nécessaire pour suspendre les effets d'une loi qui était l'émanation de la volonté de la nation (le droit romain admettait que le testament n'était qu'une dérogation aux règles de transmission des biens « ab intestat »). L'idée d'éviter les fraudes ne s'est développée que lorsque ces fraudes ont été réellement possibles, lors de l'adoption des formes privées de testament.

testateur dut laisser au moins la légitime à sa famille, les affranchissements furent limités en nombre, la dation de tutelle et de curatelle fut soumise au contrôle du magistrat, etc.

Néanmoins la caractéristique du droit romain, même récent, peut être résumée en ces termes : grande faveur des libéralités de dernière volonté quant au fond, formes rigoureuses.

b) Le droit canon qui règnera en maître sur les testaments pendant une notable partie du moyen-âge, leur est favorable en tous points. Dans la chrétienté, l'habitude se prit de bonne heure de chercher à racheter avant de mourir les péchés et les fautes commises par des legs pieux au profit des pauvres ou du clergé ; bien rares étaient les testaments où les églises ou monastères se trouvaient oubliés. Les pouvoirs ecclésiastiques firent tout leur possible pour développer ce genre de libéralités, et les actes de dernière volonté en général puisque les legs pieux y figuraient toujours en bonne place.

Afin de ne pas avoir à annuler de telles dispositions, l'Eglise se montra particulièrement bienveillante pour les formes à observer. Se contentant du strict minimum, elle fit exécuter tout désir, exprimé par écrit ou oralement, pourvu que la volonté du testateur qui l'avait exprimé soit certaine. Les idées canoniques répondaient d'ailleurs à une nécessité des temps ; au moyen-âge l'écriture n'était guère connue et l'ignorance était générale dans presque toutes les classes de la société ; il était impossible d'exiger une preuve solennelle parfaite. Dans ces siècles de foi, les faus-

saires étaient peu à craindre en raison des peines spirituelles dont ils étaient menacés. Les conciles se bornèrent à réclamer d'assez bonne heure la présence d'un prêtre, c'est-à-dire d'une personne d'ordinaire cultivée et offrant toute garantie d'honorabilité. Cette simplicité extrinsèque, qui n'aurait pas présenté assez de sécurité dans une époque où la science juridique et l'instruction auraient été très répandues et où il aurait fallu se défier surtout des fraudes — à Rome ou de nos jours par exemple — était la seule règle possible au temps de la féodalité et des croisades : exiger plus de solennité eut été rendre le testament souvent impraticable.

Du reste, si l'Eglise reconnaît aisément comme valables les manières de tester, cette mesure se trouve tempérée par le peu de développement pris par les dispositions de dernière volonté quant au fond. On peut ici encore remarquer que les formes sont d'autant moins compliquées que l'institution juridique elle-même a peu d'envergure. Sans doute les conciles ne réglementent pas d'une manière sévère les règles de fond concernant les legs. Mais à cette époque les disposants ne rédigeaient guère leurs testaments que pour laisser des objets particuliers pris dans leur patrimoine à des œuvres pieuses, et ne songeaient pas à dépouiller leur famille du reste de leurs biens pour en faire profiter des étrangers ; aucune loi ni aucune coutume n'interdisaient formellement de gratifier des amis, mais il n'était pas dans l'usage de leur donner de grosses parts, sauf en l'absence de tout parent : cette habitude était dans les mœurs et point n'était besoin de la faire respecter par contrainte. Aussi le droit canon put-il

donner libre cours à son désir de simplification des formes ; les actes de dernière volonté n'y avaient pas l'importance qu'elles avaient eu à Rome.

Le clergé perdra toute influence directe sur les testaments à la fin du moyen-âge ; néanmoins, les théories qu'il avait élaborées pour les régler persisteront à jouer un rôle, surtout en droit coutumier, et même en droit écrit quoiqu'à un degré moindre.

c) Le droit coutumier est à l'inverse du droit romain : il admet des formes relativement simples mais ne consent qu'à peu d'extension de la capacité de disposer à cause de mort. On pourrait le rapprocher surtout du droit canou, auquel il a succédé à partir du xiv^e siècle ; toutefois, s'il existe entre ces deux législations une similitude de fait, cette ressemblance est due à ce que les règles canoniques ont servi de point de départ au droit coutumier qui les a remplacées peu à peu en substituant l'autorité laïque à l'autorité spirituelle ; l'esprit qui les dirige n'est plus du tout le même. L'Eglise favorisait de toutes manières les dispositions testamentaires ; les solennités avaient été réduites pour ainsi dire à néant ; si ces dispositions n'avaient point acquis une grande envergure et si en général il n'était procédé qu'à des legs peu importants, cela provenait de l'état des esprits ; les conciles n'avaient jamais défendu de libéralités plus étendues. Dans les coutumes du xvi^e siècle au contraire, nous trouverons une tendance toute opposée ; les juriconsultes chercheront à nuire au développement des testaments en soulevant à la fois des difficultés de fond et de forme.

Les pays du nord de la France n'admettent pas

l'institution d'héritier. Le testateur ne peut transmettre qu'une fraction de ses biens à titre universel, comme legs et non comme héritage ; il doit en laisser une partie importante aux personnes de son sang. Les pouvoirs du paterfamilias romain, maître absolu de ses biens ne sont plus admis ; à la base de la société, se trouve la famille-souche dont le père est le premier représentant, mais un représentant seulement. La fortune appartient à la famille plutôt qu'à un individu en propre, et doit profiter aux héritiers « ab intestat » de préférence aux étrangers. Il est resté des vestiges de l'ancienne copropriété familiale des Germains. La réserve doit toujours revenir aux parents, même si ces parents ne sont que des collatéraux éloignés ; la quotité disponible ne comprend qu'une faible part du patrimoine.

Les formes employées pour tester sont plus simples qu'à Rome. Cette facilité a surtout une origine historique. La France septentrionale, très pieuse, a conservé les usages canoniques existants d'autant plus facilement que les Germains ignoraient les libéralités à cause de mort et que l'influence romaine y fut trop secondaire pour pouvoir déraciner le droit en vigueur. Mais il ne faut point voir dans une telle simplicité une faveur du droit coutumier qui aurait considéré que le défunt ne pouvait disposer que d'une faible part de son patrimoine au profit d'étrangers et qui aurait admis ces libéralités sans hostilité. Bien au contraire, l'esprit coutumier montra, à l'égard de toute disposition testamentaire, dans l'application quotidienne du droit, des marques de défiance évidentes qui rejaillirent en exigence de formes. A l'inverse du droit

romain où les formes étaient compliquées mais où les actes de dernière volonté étaient bien accueillis, les formes coutumières sont simples mais la jurisprudence fait tout son possible pour en combattre la diffusion et se contentera de la moindre infraction à la règle pour prononcer la nullité totale de l'acte. Lorsque les règles ont été observées, certaines circonstances accessoires qui ont pu influencer la volonté du défunt suffisent parfois à empêcher l'exécution des libéralités : ce sont ces menus détails, contemporains ou antérieurs à la rédaction de l'acte, que l'on avait l'habitude de grouper sous le nom de « suggestion », mot vague qui décelait parfois des faits de fraude et de captation non équivoques mais qui couvrait parfois aussi des annulations dont la raison déterminante était la conservation des patrimoines des familles.

Au fur et à mesure que le sentiment religieux diminuera dans les dispositions testamentaires, cet esprit de méfiance se fera de plus en plus sentir : il est bien plus apparent dans l'ordonnance de 1735 du chancelier d'Aguesseau que dans la première rédaction des coutumes.

d) Le droit écrit des pays du Midi n'est autre que la législation romaine légèrement tempérée par les règles canoniques. Les successions testamentaires sont toujours vues avec faveur : l'institution d'héritier permet de disposer de fortunes entières, à condition de laisser la légitime aux héritiers « ab intestat » ; cette légitime est peu élevée (un quart de la succession) et n'existe qu'au profit des parents en ligne directe et des frères

et sœurs. Les règles de forme restent compliquées et strictement déterminées ; mais les idées chrétiennes rendront les tribunaux plus indulgents et leur permettront de fermer les yeux sur certaines fautes ou sur l'omission de certaines solennités.

III

Nous retrouverons tout le long de notre histoire les influences romaine, chrétienne, barbare ou coutumière, en lutte les unes contre les autres pour essayer d'obtenir l'hégémonie ; suivant l'époque ou la région, chacune à tour de rôle acquerra la prépondérance. Si nous ajoutons les influences accessoires, et le fait que dans l'ancien régime chaque juridiction était régie par des usages particuliers et locaux, on ne s'étonnera plus de trouver en cette matière une grande diversité.

Les manières de tester sont nombreuses et différentes. Nous trouverons des formes latines, des formes canoniques et des formes coutumières. Mais les formes latines elles-mêmes se subdivisent en de multiples ramifications car déjà à Rome le disposant avait la faculté de tester oralement ou par écrit et de nombreux modes privilégiés étaient admis au profit de certaines personnes intéressantes. Les formes canoniques n'étaient pas non plus semblables partout : sans doute, le testament reçu par le prêtre sera-t-il le plus fréquent, mais il y a bien des variantes. Si l'on n'est pas arrivé à une uniformité de vues en ce qui concerne le droit romain et le droit canonique qui pourtant avaient au-dessus d'eux une autorité capable de les diriger et

de leur donner une impulsion générale, à plus forte raison rencontrerons nous une très grande diversité de formes en droit coutumier, né d'usages locaux ; selon les institutions du pays, selon les idées du seigneur justicier, selon les influences voisines, nous nous trouverons en face de manières différentes d'opérer : par exemple, il est naturellement impossible de disposer devant un notaire royal dans une province qui n'en possède pas.

Un des principaux intérêts de cette étude sera justement d'essayer de mettre un peu d'ordre parmi cette multiplicité de formes, et de montrer comment les usages différents se sont rapprochés et groupés avec le temps et ont fini par fusionner. L'unité de notre droit s'est opérée lentement, en même temps que se forgeait l'unité du pays. Les formes testamentaires se font de moins en moins nombreuses pour aboutir aux trois modes principaux de notre Code civil : authentique, mystique, olographe.

IV

Ce travail comprendra trois parties :

Dans la première, qui embrassera tout le moyen-âge, nous assisterons à l'élaboration de la législation de l'ancien régime : c'est pendant cette période que se forment lentement la patrie et la nationalité françaises. Les règles du droit ne sont pas fixes, elles varient beaucoup d'un siècle à l'autre. Nous ferons de ces changements un rapide résumé, nécessaire pour donner une idée bien nette des principales formes du testament que nous rencontrerons au xvi^e siècle : ce sera

en quelque sorte l'étude des vicissitudes par lesquelles il a fallu passer avant d'en arriver à des formes stables. Cette partie n'a pas la prétention d'être une œuvre originale ; sur bien des points nous avons eu recours aux excellents ouvrages qui ont paru sur le même sujet, notamment à la thèse de M. Auffroy relative à l'évolution du testament jusqu'au ^{xiii}^e siècle, et à celle de M. Engelmann sur les testaments coutumiers du ^{xv}^e siècle.

La deuxième partie formera le cœur de notre sujet. Nous y étudierons le droit du ^{xvi}^e au ^{xviii}^e siècle inclus, à l'époque où les formes testamentaires se sont enfin précisées et déterminées ; nous analyserons chacune de ces formes en détail.

Dans une troisième division, nous verrons les changements apportés à la législation existante par l'ordonnance de 1733, œuvre du chancelier d'Aguesseau : cette ordonnance est un commencement de codification et prépare l'œuvre de Bonaparte et des auteurs du Code.

Avant le ^{xviii}^e siècle, les textes des coutumes ou des ordonnances sont sommaires et ne contiennent pas de détails ; beaucoup de questions n'y sont pas traitées.

Il nous a fallu recourir principalement aux ouvrages des commentateurs (surtout Ricard pour le droit coutumier et Furgole pour le droit écrit) et aux décisions des Parlements ; cette jurisprudence nous est parvenue par des recueils d'arrêts ; ces recueils ne nous donnent pas le texte de la sentence de la Cour mais une analyse qui est faite par l'auteur de la compilation et qu'il

accompagne de divers commentaires personnels ; ces opinions étant souvent intéressantes, on ne s'étonnera pas que nous renvoyions parfois pour le même arrêt à plusieurs ouvrages différents (1).

(1) Les arrêts dont nous ne citons que la date sans ajouter par quelle juridiction ils ont été rendus proviennent en général du Parlement de Paris.

PREMIÈRE PARTIE

LES FORMES DU TESTAMENT PENDANT LE MOYEN-AGE

Les trois courants que nous avons signalés plus haut vont se rencontrer et se combattre pendant tout le Moyen-Age.

D'une part, le droit romain est favorable aux testaments, mais il est resté formaliste : il ne demande qu'à valider les dispositions de dernière volonté et à préférer les héritiers institués aux héritiers ab intestat, mais il faut que le disposant ait observé des règles de formes compliquées.

En face, la législation barbare ne connaît pas de testament : les liens du sang sont trop forts en droit germanique et l'idée de copropriété familiale trop proche pour que l'on puisse y admettre que des parents soient dépouillés au profit d'étrangers.

Les deux races latines et barbares ne fusionnent point au début : jusqu'au ^{viii}^e siècle environ, les Gallo-Romains firent usage du testament du bas-empire, purement laïc, tandis que les barbares ne connurent que les modes de disposition entre vifs.

Vers le ^{ix}^e siècle, la fusion se fait au profit de l'élément germanique : le testament disparaît complètement de l'ancienne Gaule, sauf dans quelques régions du Midi, très romanisées.

Mais une nouvelle influence va intervenir dans le débat,

celle de l'Eglise et elle sera prépondérante pendant ces siècles de foi et de piété ; les testateurs prirent l'habitude de ne point mourir sans laisser une partie de leurs biens aux pauvres ou aux œuvres pies, ils espéraient ainsi se faire pardonner leurs fautes avant de mourir : aussi le droit canon s'intéressa-t-il beaucoup aux testaments et les favorisa-t-il le plus possible ; il n'exige aucune solennité, il suffit que la volonté du mort ait été nette, peu importe la forme par laquelle elle se soit exprimée.

A partir du ^{xiii}^e siècle, l'autorité laïque fait reculer peu à peu les pouvoirs de l'Eglise. Dans le Midi, où dominait la race gallo-romaine, le droit romain reprend son influence et l'on y revoit les formes latines qui avaient à peu près disparu depuis plusieurs siècles ; elles sont quelque peu tempérées par les idées chrétiennes. Le Nord, plus pieux, resta plus longtemps soumis à l'influence ecclésiastique : l'élément barbare y était prépondérant et les barbares ne connaissaient point de modes de testament capables de remplacer les formes canoniques ; cependant les pouvoirs laïcs finirent par reprendre la législation et la juridiction en matière testamentaire ; ils conservèrent le testament mais en exigeant des formes plus précises et plus rigides, les dispositions furent combattues au lieu d'être favorisées ; cette œuvre s'achèvera au ^{xvi}^e siècle, lors de la rédaction des coutumes et du plein épanouissement du droit coutumier.

Nous parlerons successivement dans cette première partie :

1° Des formes du testament au bas-empire ; le droit romain de cette époque doit être en effet notre point de départ, puisque c'est lui qui était pratiqué en Gaule lors des invasions ;

2° De la période qui s'étend des invasions au ^x^e siècle, où nous assisterons à la disparition du testament ;

3° Des formes testamentaires depuis le x^e jusqu'au xvi^e siècle ; nous verrons renaître le testament sous l'influence de l'Eglise et se former la dualité de législation : celle du Nord ou coutumière, qui puisa longtemps ses éléments en droit canon, et finit par s'émanciper, et celle du Midi, qui procéda principalement du droit romain.

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN DU BAS EMPIRE (1).

Quelles étaient les formes de testament pratiquées dans l'empire Romain au v^e siècle après Jésus-Christ ? (2).

Les deux formes de testament public du début du droit romain, le testament *calatis comitiis* et le testament *in procinctu*, étaient tombées en désuétude avant la fin de la République. Les formes de testament privé qui les remplaçaient, le testament *per æs et libram* et le testament prétorien firent place à leur tour au bas-empire au testament nuncupatif et au testament tripartite qui n'en sont d'ailleurs que des variantes ; à la même époque, on voit poindre une forme nouvelle très simplifiée : la forme olographe ; enfin, il faut signaler au moins pour mémoire la renaissance des testaments publics avec l'intervention de l'autorité qui avait disparu depuis l'introduction du testament *per æs et libram*.

SECTION I. — Formes de testament privé.

A) Formes orales.

Le testament nuncupatif est une simplification du testament *per æs et libram* : dans le testament *per æs et*

(1) Institutes de Justinien, liv. II, tit. X, « De testamentis ordinandis ».

(2) Le droit de Justinien n'étant parvenu en Gaule qu'après la renaissance du droit romain au xi^e siècle, il est inutile que nous en parlions ici.

libram, le testateur après une mancipation purement fictive et qui n'était qu'une forme vaine et un vestige de l'ancien droit, procédait à la nuncupation, c'est-à-dire faisait connaître ses dispositions oralement ou par écrit devant les personnages réunis pour la mancipation, le *libripens*, le *familiæ emptor* ou acheteur fictif et cinq témoins. Le droit récent supprima la mancipation et reconnut le testament fait par simple nuncupation verbale devant cinq témoins en se passant du *libripens* et du *familiæ emptor* ; mais une constitution de 439, de Théodose et Valentinien (1) exigea pour tous les testaments, mêmes oraux, sept témoins en souvenir des sept figurants de la mancipation.

B) **Forme écrite.**

Le testament tripartite, créé par Théodose et Valentinien en 439 (1), remplace le testament prétorien auquel il ressemble beaucoup ; le testament prétorien n'était qu'un dérivé de la forme *per æs et libram* : le prêteur négligeant la mancipation fictive, n'avait exigé qu'une nuncupation écrite, c'est-à-dire la présentation par le testateur, de tablettes écrites à sept témoins qui les scellaient de leurs cachets. Le testament tripartite (ainsi nommé parce qu'il tient à la fois de l'ancien droit civil, du droit prétorien et du droit impérial), est un testament écrit d'une main quelconque et présenté par le testateur, ouvert ou clos, à sept témoins citoyens majeurs spécialement convoqués qui, sans interruption et en un trait de temps (*uno contextu*), le revêtent au bas de leurs souscriptions (*subscriptions*) et apposent à l'extérieur de l'acte leurs cachets avec leurs

(1) Code de Justinien, liv. 6, tit. 23, « De testamentis », Constitution, 21

noms en regard (superscriptiones) ; le testateur y met également sa souscription ou fait appeler à l'acte un huitième témoin ; il ne faut pas confondre ces souscriptions avec nos signatures modernes faites du seul nom de la personne : ce sont des phrases entières où le nom de la personne est le sujet et « subscripsit » le verbe.

C) **Force olographe** (*olos*, entier et *graphein*, écrire).

Valentinien III admit enfin qu'on pût tester sans témoins à condition que le testateur écrive l'acte toute entier de sa main « si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. » Ce testament supprimé en Orient par Justinien, subsista en Occident où nous le retrouverons : mais il ne prit que peu d'extension.

SECTION II. — **Testaments publics.**

a) Le testament *apud acta conditum*, déjà reconnu dans une constitution de Théodose et Honorius, de 413, consiste en une déclaration verbale du testateur devant les autorités judiciaires ou municipales qui en font dresser acte ; il paraît être d'origine grecque, on le rencontre dans les pays helléniques dès le II^e siècle après Jésus-Christ.

b) Le testament *principi oblatum* était confié par écrit à la garde du prince.

Ces deux modes de testament furent beaucoup plus employés en Orient qu'en Occident.

SECTION III. — **Formes anormales de testament.**

Lorsque le testateur est atteint de cécité ou de maladie contagieuse ou lorsque le testament est fait à la campagne,

le droit romain admettait des formes spéciales que nous retrouverons au cours de cette étude.

Le testament du militaire, sous l'Empire, était exempt de toutes formes : tant qu'il est sous les drapeaux, il peut manifester valablement ses dernières volontés d'une manière quelconque.

Une constitution de Constantin (1) dispense enfin des formes du testament la distribution des biens du père entre ses descendants (*heredes sui*) : cet acte vaut sans solennité, à condition d'être fait par écrit.

SECTION IV. — Enregistrement des testaments.

Depuis la loi *Julia vicesimaria*, d'Auguste, qui établit un impôt du vingtième sur les successions testamentaires, l'ouverture du testament n'est plus un acte privé ; elle a lieu dans les cinq jours du décès, devant les censuales, à Rome, les curiales et les quinquennales ou le *defensor* de la cité, en province, en présence des témoins qui y ont coopéré (ou de la majorité d'entre eux s'ils ne sont pas tous sur les lieux ou s'il y en a de morts). En cas de testament écrit, l'acte était montré aux témoins qui reconnaissaient leurs cachets, puis était ouvert et lu, et copie en était prise pour rester dans les archives locales ; on dressait enfin un procès-verbal d'ouverture (2). En cas de testament oral, les témoins déclaraient les dispositions du défunt ; copie était prise de leurs dépositions, le testament n'étant valable qu'en cas d'accord complet de tous les témoins ; et un procès-verbal d'ouverture était dressé comme plus haut.

(1) Code Théodosien, II, 24, 1.

(2) Un procès-verbal dressé en 474, extrait d'un papyrus de Ravenne, figure parmi les textes de droit Romain de M. Girard, 3^e édit., p. 775.

SECTION V. — **Révocation des testaments.**

Au bas-empire, on admettait que la révocation pouvait être faite :

1° Par la confection d'un nouveau testament, chacun ne pouvant laisser à son décès qu'un seul testament ;

2° Par la destruction de l'acte écrit lorsqu'il y en avait un ;

3° *Ipso facto* au bout de dix ans, d'après une constitution de Théodose II et Honorius, de 418 (1) ;

4° Par une déclaration devant cinq témoins, à condition d'appeler à la succession les héritiers ab intestat (constitution de Théodose II et Valentinien, de 439).

(1) Justinien exigera, au contraire, au bout de 10 ans, une révocation devant le magistrat ou devant 3 témoins.

CHAPITRE II

LES TESTAMENTS DEPUIS LE VI^e JUSQU'AU X^e SIÈCLE

En Gaule, on adopta après l'invasion des barbares, le système de la personnalité des lois. Il nous faut donc, pendant cette période, étudier successivement la législation barbare et la législation gallo-romaine. Chez les Gallo-Romains, les testaments romains du bas-empire restent en vigueur mais se déforment peu à peu, se simplifient sous l'influence de l'église qui commence à se faire sentir ; l'usage du testament se raréfie par suite du voisinage des barbares.

Chez les barbares, le testament est, en principe, inconnu ; on ne rencontre que des équivalents plus ou moins mal commodes : des donations entre vifs, l'affatomie franque, le *thinx lombard*.

Peu à peu la différence de législation diminue, le système de la personnalité des lois s'en va. Il n'y a plus de Gallo-Romains ni de barbares, il n'y a plus que des Français : le testament sombre au moment où a lieu cette fusion.

SECTION I. — Gallo-romains.

A) VI^e siècle.

Il est douteux que les testaments publics fussent usités en Gaule au VI^e siècle. Il n'y a guère de discussion pour le

testament *principi oblatum* ; quoique mentionnée au bréviaire d'Alaric, cette forme est passée sous silence dans l'*interpretatio*, qui y est adjointe et qui seule nous tient au courant de la pratique de cette époque ; il est évident que les rois barbares, qui n'usaient pas du testament, n'étaient pas indiqués pour recevoir les testaments des anciens sujets de Rome. Pour le testament *apud acta conditum* passé devant les magistrats, les interprètes ne se sont pas mis d'accord : Savigny, dans son histoire du droit romain au Moyen-Age, prétend qu'on y avait recours même dans les pays occidentaux, mais son opinion a été vivement critiquée (1) : en tous cas, l'usage semble en avoir été fort restreint, car l'on n'en trouve aucune trace dans la pratique.

Les trois formes privées de testaments du bas-empire figurent au bréviaire d'Alaric. Le testament olographe de Valentinien III est valable même sans date ni signature, à condition d'être écrit par le testateur : mais c'est à l'héritier institué à prouver la sincérité de l'écriture ; cette forme si avantageuse paraît avoir été peu en faveur : elle était contraire aux vieilles habitudes et on trouvait probablement, en ces temps troublés, que la publicité et le formalisme des anciens actes romains avaient du bon.

Le testament écrit solennel (tripartite) est admis, mais les règles se font plus accommodantes que sous la domination romaine ; on se contente de cinq témoins, la *superscriptio* tend à se confondre avec la *subscriptio* ; la présence simultanée des témoins devient inutile, à condition que l'acte soit passé en entier dans la même journée.

Le testament oral (nuncupatif) reste, au contraire, soumis à des règles très strictes : l'unité de temps est toujours

(1) Voyez J. Auffroy, « Evolution du testament en France des origines au xiii^e siècle ». Thèse Paris, 1899, p. 30 et suiv.

obligatoire, la présence simultanée de sept témoins est essentielle et on ne peut suppléer par des dépositions verbales aux vices d'un acte imparfait.

Le militaire continue à pouvoir tester sans forme ; et pour le partage des biens de l'ascendant entre ses sui, on se contente d'un écrit quelconque. Enfin, on voit reproduite au bréviaire, une constitution de Valentinien III, permettant aux époux sans enfants de s'instituer mutuellement héritiers par un seul et même testament au profit du survivant : c'est là le début des testaments mutuels ou conjonctifs que nous retrouverons fréquemment dans l'ancien droit français.

B) VII^e et VIII^e siècles.

Au VII^e siècle et dans les siècles suivants, d'après les *epitome* des écoles et ouvrages de théorie composés d'après le Papien ou le Bréviaire, les formes des testaments seraient restées les mêmes. Mais ces ouvrages ne suivent pas le droit pratique ; et les formulaires et cartulaires de cette période dénotent un changement notable.

Dès le VII^e siècle, le testateur écrit bien rarement son testament ; le testament olographe ne paraît guère usité que chez les Wisigoths qui exigent que le disposant y ajoute une date et une *subscriptio* ; un scribe se charge, d'ordinaire, de la rédaction : plus tard ce scribe sera le notaire. A partir de la fin du VII^e siècle, on voit des barbares user des testaments et y introduire des changements : le nombre des témoins se multiplie ; à mesure que l'anarchie gagne, le témoin n'a plus de rôle extérieur et formaliste, c'est un protecteur auquel on confie son testament ; alors que sous l'empire romain, le contenu de l'acte restait d'ordinaire secret, le testateur prend l'habitude de donner lecture de ses dernières dispositions aux témoins et aux

parents (qui ne font d'ailleurs qu'un), on ne scelle plus l'acte, on le laisse public, le testament s'étale au grand jour de manière qu'on le connaisse et qu'on puisse le faire respecter au décès.

A l'opposé, une influence nouvelle se fait également sentir : celle de l'Eglise. La chute de l'empire romain n'avait fait qu'accroître la puissance de l'Eglise qui ne trouvait plus devant elle un pouvoir laïc solide pour lui résister ; en ces siècles de foi, l'usage s'établit peu à peu de ne pas tester sans laisser quelque partie de sa fortune aux pauvres, aux églises ou aux œuvres charitables : c'est ce qu'on appela les legs pies. Aussi l'Eglise s'intéressa très tôt aux testaments et elle fit son possible pour les faire exécuter et pour en faciliter la confection ; elle simplifia les formes le plus possible, de manière à faire prédominer la volonté du défunt sur le formalisme de l'ancien droit romain ; des conciles tenus à Lyon en 595 et à Paris en 615, prononcent l'excommunication contre ceux qui empêcheront l'exécution des testaments. Le principal point sur lequel se fit remarquer l'action ecclésiastique, fut la réduction du nombre des témoins : se fondant sur la parole de l'Evangile : « In ore duorum vel trium testium stet omne verbum » (1), l'autorité religieuse tint pour suffisant le nombre de deux ou trois témoins. La pratique n'en vint pas tout de suite à un nombre aussi restreint : dans la charte d'Ansebert, en 696, nous trouvons quatre témoins ; dans le testament de Spandès, en 821, il n'y en a plus que trois. Il devait en être de même pour les testaments oraux : c'était même ici que la parole de saint Mathieu s'appliquait dans toute sa rigueur, car le témoin à l'acte nuncupatif est à la fois un témoin à l'acte et un témoin judiciaire lors du décès du testateur.

(1) Moïse, au Deutéronome, XVII, 6 ; XIX, 15 ; — Evangiles Mathieu, XVIII, 15 ; Jean, VIII, 16-18.

En résumé, de ces deux courants nouveaux d'opinion, il résulta que lorsque l'on voulait tester longtemps d'avance, on rassemblait tous ses amis et on déclarait devant eux ses dernières volontés. Lorsqu'on était surpris par la mort, il suffisait que les désirs du défunt fussent connus d'une manière certaine d'après la déposition de deux personnes pour être exécutés.

Lorsqu'il y a un écrit, les témoins marquent d'un signe distinctif le testament : *scriptio* ou cachet ; d'ordinaire ils étaient tous réunis en même temps, et le scribe leur lisait l'acte, le datait et apposait lui aussi sa *scriptio* : mais il n'y avait rien d'obligatoire. Il était inutile de spécifier que les témoins avaient été *rogati*, c'est-à-dire avaient été priés de prêter leur concours à l'acte ; mais par un souvenir de l'ancien droit, cette mention se rencontre souvent.

Les soldats, auxquels sont assimilés les voyageurs, continuent à tester sans forme.

Les partages d'ascendants, jusque-là, n'étaient favorisés que lorsqu'ils étaient faits en faveur des sui, c'est-à-dire des descendants par les mâles ; on étendit la faveur à tout partage fait par le père entre ses descendants même par les femmes, et quelquefois au partage fait par la mère.

Le testament conjonctif n'était permis qu'entre époux, en l'absence d'enfants, et ne pouvait profiter qu'aux époux dans le bréviaire d'Alarie ; plus tard, on rencontra des testaments conjonctifs faits par des époux ayant des enfants, au profit soit du conjoint survivant, soit des enfants eux-mêmes, soit parfois d'un tiers (des églises notamment) ; on vit enfin des dispositions faites conjointement par des gens unis entre eux par un lien quelconque de parenté, par exemple par un fils et une mère.

C) Enregistrement.

L'enregistrement romain du testament après le décès chez les curiales subsiste ; mais alors qu'à Rome il avait surtout un caractère fiscal et accessoirement seulement un caractère probatoire, ici il ne conserve que ce dernier caractère : cette cérémonie devient même d'autant plus utile que le formalisme est moins rigoureux ; les témoins viennent déposer devant la curie ou l'autorité judiciaire ou religieuse ; si le testament est oral, on exige d'eux le serment à l'appui de leurs dires, un procès-verbal est dressé ; en cas d'acte olographe, il est procédé à une vérification d'écriture, et le magistrat, assisté de témoins, appose sa souscription sur l'acte. La cérémonie doit avoir lieu dans un délai variant de cinq jours à six mois, selon les textes. Cet enregistrement se retrouve jusqu'au début du viii^e siècle ; il a disparu à la fin de ce siècle ; il paraît avoir été remplacé, en cas de difficultés soulevées lors de l'exécution du testament, par une instance judiciaire où les personnes qui avaient servi de témoins à la confection de l'acte étaient appelées pour répéter les dispositions de dernière volonté.

D) Révocation.

Tout testament révoque toujours un testament précédent. De même, la péremption décennale reste admise. Quant à la révocation par un acte exprès, elle peut s'opérer sans même réunir cinq témoins : ici aussi le formalisme décroît.

SECTION II. — **Barbares.**

Les barbares ignoraient certainement le testament. Tacite l'avait déjà remarqué (1) : *et nullum testamentum*. La forte organisation de la famille germanique était incompatible avec une dévolution des biens qui n'était point basée sur les liens du sang, l'idée de copropriété de famille n'était pas encore bien éloignée lors des invasions du v^e siècle.

Dans les lois des barbares, composées après leur arrivée en Gaule, le mot testament est employé comme synonyme d'*instrumentum* et désigne tout acte juridique. Seules les lois burgondes, wisigothiques, très fortement imprégnées des coutumes romaines, admirent un testament oral ou écrit devant sept témoins, semblable au testament nuncupatif ou tripartite. Toutes les autres peuplades, qui conservèrent réellement leur individualité, n'admirent point de testament, c'est-à-dire pas d'acte révocable, valable au décès du testateur ; elles firent usage de quelques équivalents : citons par exemple, le partage d'ascendant burgonde — l'affatomie franque et le *thinx* lombard, véritables institutions contractuelles d'héritier — des donations révocables, etc., aboutissant finalement presque au même résultat que les dispositions testamentaires ; mais au point de vue du mécanisme du droit, toutes ces opérations sont des donations entre vifs, tout à fait distinctes des dispositions testamentaires ; nous n'avons pas à les étudier ici.

Malgré la personnalité des lois, en raison du contact perpétuel avec les anciens habitants de la Gaule, l'influence romaine pénétra de plus en plus chez les barbares à partir du vii^e siècle. L'absence de testament devenait

(1) « Germanie », ch. 20.

pour eux un gros inconvénient au fur et à mesure que les mœurs changeaient, et ils firent tout leur possible pour tourner la loi ; l'Eglise, toujours favorable aux dispositions pour cause de mort, favorisa largement ces expédients (donation révocable avec rétention d'usufruit, affatomie élargie, donations par salmann, c'est-à-dire donations par fideicommissis, etc.).

Les barbares, aussi chrétiens que les Gallo-Romains, laissèrent comme eux des legs pieux ; souvent ils chargeaient un ami de répartir ces legs, sans faire un véritable testament : c'est l'origine de l'exécution testamentaire ; mais lorsqu'ils n'avaient point eu recours à ce moyen, ni procédé à une donation entre vifs, le clergé déclara néanmoins leurs legs valables comme il avait admis la validité des testaments romains imparfaits.

L'Eglise existant en Gaule avant les invasions, était plutôt considérée comme régie par le droit romain ; les prêtres barbares échappaient individuellement à leur législation propre et se considéraient comme soumis à la loi romaine lorsque cela leur était utile, sans qu'il n'y eût jamais de mesure générale prise à leur sujet ; ils se mirent à tester.

Peu à peu les barbares laïcs eux-mêmes en firent autant ; quelques puissants seigneurs s'y firent, au début, autoriser par le roi ; puis on se passa de cette autorisation en se disant romain — et même sans cacher sa nationalité.

Les Germains, en employant le testament, accentuèrent les déformations qu'avait déjà fait subir le temps au formalisme du bas-empire. La multiplication des témoins et la publicité donnée à l'acte que nous avons vues plus haut, sont dues à leur influence.

Vers le ix^e siècle, la personnalité des lois disparaît avec la fusion des races. Le même droit va régir tous les habi-

tants ; il semble que tout le monde va pouvoir faire usage librement du testament. Mais, contrairement aux prévisions, c'est le droit germanique qui l'emporte : les dispositions testamentaires sont si opposées aux idées barbares qu'elles finissent par disparaître en Gaule, laissant la place aux donations entre vifs ; insensiblement, à la fin du ^{viii}^e siècle, l'institution d'héritier devient une donation irrévocable avec réserve d'usufruit ; au ^{ix}^e siècle, il n'y a plus d'acte possible pour disposer de ses biens après décès, tout acte de disposition à titre gratuit est entre vifs.

Cette disparition ne provient pas seulement d'ailleurs de l'influence barbare. Dans l'anarchie féodale, la force prime le droit. Malgré l'Eglise, les testaments ne sont plus observés au décès du testateur ; il faut recourir à l'acte entre vifs ou à l'entremise d'un puissant personnage que l'on établit exécuteur testamentaire.

Néanmoins, il faut chercher la principale cause de la chute du testament dans les idées germaniques. La preuve en est que dans le Midi, où les barbares, bien moins nombreux que dans le Nord, furent étouffés par l'élément latin (les Wisigoths et Burgondes admettent le testament), l'acte à cause de mort ne fut jamais complètement anéanti.

CHAPITRE III

LES TESTAMENTS DU X^e AU XVI^e SIÈCLE

Au x^e siècle, le système de la personnalité des lois, qui a commencé à périlcliter dès le viii^e siècle, a complètement disparu par suite du mélange des races : il a fait place aux coutumes territoriales et locales qui sont une des conséquences du régime féodal.

Par suite de la prédominance dans le Nord de l'élément germanique, et dans le Midi du sang latin, ces législations locales se divisent en deux grands courants distincts : au Nord, le droit coutumier, fondé principalement sur des usages locaux, imbus d'idées germaniques, ne recourant que très subsidiairement au droit romain ; au Midi, où les barbares furent noyés en raison de leur petit nombre, le droit romain ou écrit, avec des coutumes locales qui ne viennent qu'à l'appui de ce droit.

Du x^e au xiii^e siècle, les testaments dépendent presque exclusivement de l'autorité ecclésiastique. Nous avons vu que dès le vi^e siècle, l'Eglise commence à jouer un rôle très important en matière de testament et parvint notamment à en simplifier les formes. Le testament devint dans les mœurs un acte d'importance aussi religieuse que matérielle : il venait souvent compléter la dernière confession au lit de mort ; on compara celui qui mourait intestat au déconfès ; tout testament de l'époque commence par une

invocation au Seigneur et contient des legs pieux. Tant que les Carolingiens furent puissants, ils gardèrent leur compétence en matière de législation et de juridiction testamentaire ; depuis le vi^e siècle, des conciles légifèrent bien sur cette matière, mais les sanctions qui appuient leurs décisions sont toutes religieuses, la juridiction leur échappa jusqu'au x^e siècle. Les rois choisissaient parfois les évêques comme juges des affaires civiles ; les missi dominici de Charlemagne voyageaient deux par deux, un laïc et un évêque ; l'autorité ecclésiastique devient assez vite compétente *ratione personæ* pour les testaments de clers. C'est aux x^e et xi^e siècles que l'Eglise acquit une compétence exclusive *ratione materiæ* en matière de testaments : la féodalité avait ruiné le pouvoir royal, qui pouvait seul s'opposer au pouvoir religieux, les testaments étaient à cette époque devenus des actes exclusivement religieux d'où les dispositions temporelles étaient presque entièrement inconnues. Cette puissance demeure incontestée en droit coutumier jusqu'au xiii^e siècle, moment où le pouvoir séculier, devenu fort, commença à battre en brèche l'autorité ecclésiastique sur cette matière ; la lutte tourne dès le xiv^e siècle au profit de l'autorité laïque qui triomphe complètement au xv^e siècle, bien avant la rédaction des premières coutumes.

Le Midi, moins religieux que le Nord, plus porté aux hérésies, resté plus en contact avec l'Italie et l'esprit antique, ne subit jamais aussi complètement cette influence chrétienne ; dès le xii^e siècle, la renaissance des études du droit romain, provoquée par l'étude des compilations de Justinien qui pénétrèrent pour la première fois en Europe occidentale, porte un coup à l'autorité de l'Eglise en matière testamentaire : dans les pays méridionaux on appliquera à la fin du Moyen-Age le droit romain mitigé par de nombreux tempéraments dus à la chrétienté.

En ce qui concerne les formes du testament, l'influence de l'Eglise se fera sentir principalement par un essai de simplification : du moment que la volonté du testateur est certaine, le testament sera valable ; pour tester, inutile d'observer un assemblage complexe de règles rigides où la moindre faute provoque la nullité de tout l'acte ; on cherche avant tout à connaître les derniers désirs du défunt, et s'il n'y a aucun doute à ce sujet, peu importe que les prescriptions édictées par les lois n'aient point été suivies à la lettre, les dispositions restent valables ; il y a des règles, mais on les applique dans un esprit très large, le formalisme est réduit à sa plus simple expression : on favorise tout testament, et principalement tout testament en faveur de l'Eglise ou des pauvres.

En même temps que l'anarchie diminue et que l'autorité d'en haut renaît — autorité ecclésiastique, puis autorité laïque — la publicité des testaments se fait moindre : il est inutile de prendre à témoin tous ses amis et de leur faire connaître le contenu de son testament puisque l'on sait qu'il y a un pouvoir supérieur qui le fera exécuter : les dispositions secrètes sont plus facilement révocables ; de même, l'on voit disparaître les clauses comminatoires si fréquentes à la fin de l'époque précédente, appelant la vengeance divine sur ceux qui empêcheraient l'exécution du testament : cette inexécution n'est plus à craindre.

SECTION I. — Testament en droit coutumier.

Aux x^e et xi^e siècles, on appelle testamentum tout écrit rédigé pour constater un acte entre vifs : il n'y a plus de testament ; on trouve des donations actuelles et irrévocables, des donations avec rétention d'usufruit, des institutions contractuelles en cas d'absence d'héritiers directs ;

ces actes sont souvent accomplis à l'article de la mort ; on recourt aussi aux exécuteurs bénéficiaires que le droit grossier de cette époque considère comme des mandataires chargés de faire une donation.

Le besoin de testament, c'est-à-dire d'un acte révocable et ne transférant de droits qu'au décès se fit sentir du temps des Croisades. Au ^x^e siècle, on trouve des donations entre vifs *révocables* avec réserve d'usufruit ; mais le droit naissait encore lors de la confection de la donation ; ce n'est qu'à la fin du ^x^e siècle que l'on admit que le droit n'existait qu'à compter du décès : le testament réapparaissait. L'Eglise, ne réglementant pas strictement les formes du testament, admit toutes celles qui assuraient une garantie certaine d'authenticité ; aussi dès le ^{xii}^e siècle, on trouve différentes manières de tester ; nous allons étudier chacun de ces modes successivement.

A) Testament canonique.

Le droit canonique autorisa tout testament fait devant deux ou trois témoins capables, sans autre solennité (1). C'est toujours l'application de la règle : « In ore duorum vel trium testium stet omne verbum. » Il est même inutile de rédiger un écrit. Pendant tout le Moyen-Age, le droit coutumier admit les femmes comme témoins ; ce n'est qu'aux temps modernes que les légistes firent du témoignage testamentaire un *officium virile*. Ces témoins ne sont pas requis *ad solemnitatem* : en leur absence, l'Eglise fait exécuter toute dernière volonté en cas d'aveu des héritiers ou de refus de leur part de prêter serment ; ils ne sont là que pour permettre d'établir la preuve des dispositions ; ces dispositions devront être exécutées si on peut les prouver autrement.

(1) « Décrétales de Grégoire IX » : X, III, 26 c. 11.

Le droit canonique primitif n'exigeait rien de plus. Mais il y eut bientôt une tendance à exiger la présence du curé de la paroisse à la confection du testament. Très souvent le disposant déclarait ses suprêmes volontés lors de sa dernière confession sur son lit de mort, le prêtre était donc là ; l'Eglise trouva cette assistance fort utile : l'acte offrait plus de garanties de vérité et de sincérité et l'exécution des dispositions pieuses qui y étaient contenues était assurée. En 1170, une décrétale du pape Alexandre III déclare que « les testaments que feront les paroissiens en présence de « leurs curés et deux ou trois autres personnes seront validables. » Cette décrétale fut insérée au décret de Gratien et devint une règle fondamentale du droit canon appliquée à toute l'Europe. De nombreux conciles (Narbonne, 1227 ; Toulouse, 1229 ; Arles, 1234, etc.) renouvelèrent cette prescription à peine de privation de sépulture du défunt, d'excommunication du notaire qui aurait assisté à l'acte, etc. Cette assistance du curé doit être considérée comme la réapparition des solennités dans la forme canonique : elle est requise non ad probationem sed ad solennitatem.

Les auteurs coutumiers, qui admettaient la validité du testament canonique, semblent, par extraordinaire, avoir été moins rigoureux que l'Eglise. Pendant longtemps, ils s'en tinrent à la disposition de l'Evangile et n'exigèrent que la présence de deux témoins. Beaumanoir, au XIII^e siècle, ne réclame l'assistance d'aucun prêtre, les deux spectateurs lui suffisent (Beaumanoir, XII, 40 ; édition Salmon, N^o 405) : il déclare d'ailleurs que c'est là un minimum, le disposant pourra donc observer les ordres donnés par les conciles, mais il n'y est pas contraint. Le Grand coutumier de France, au XIV^e siècle (livre II, chap. XL, édition Laboulaye et Dareste), se contente également de deux ou trois témoins. On trouve encore, mais très rare-

ment, au xv^e siècle, des testaments simplement signés de deux ou plusieurs assistants (1).

Cependant, l'habitude d'appeler le curé et trois témoins, entre de plus en plus dans la pratique : dès le xiii^e siècle, le très ancien Coutumier de Normandie ne fait allusion qu'à cette forme, et presque tous les modèles concrets des xiv^e et xv^e siècles sont établis de la même façon (Voyez le *Recueil* de M. Tuetey).

Le curé a acquis au xv^e siècle le rôle actif : c'est lui en général qui écrit l'acte, en latin, et il fait parler le testateur à la 3^e personne, il appose le scel de sa signature et le scel de sa paroisse ; parfois même, il recueille oralement les dernières dispositions du moribond et les reproduit ensuite en dehors de sa présence dans un acte qu'il scelle devant témoins (2). Le testament canonique, passé devant le curé et deux ou plutôt trois témoins, est en train de passer de la forme privée à la forme publique, il évolue ; à notre époque, c'est encore un acte privé ; au xvi^e siècle, le curé fera fonction de personne publique et dressera un écrit authentique, comparable à celui rédigé par le notaire.

Enregistrement. — Le concile de Tours, de 1264, ordonne que dans les dix jours du décès du testateur, on se présente devant l'évêque, l'archidiacre, leur délégué ou l'official du lieu et qu'on leur apporte le testament s'il est écrit ; dans le cas contraire, la volonté du testateur, certifiée sous serment par les témoins que celui-ci a choisis à cet effet, sera rédigé en la forme publique par le juge. Cette procédure, inspirée du droit romain, a pour but d'empêcher le recel et la suppression des actes de dernières volontés, d'en assurer efficacement l'accomplissement et la

(1) Alexandre Tuetey, « Recueil de testaments enregistrés au Parlement de Paris sous le règne de Charles VI », p. 577, « Testament de Symonette la Maugère ».

(2) Tuetey, « Testament de Jean Angelin », p. 547.

conservation : les conciles l'imposent aux héritiers et aux notaires sous des peines très sévères. Beaumanoir n'en parle pas : il paraît peu favorable à ces extensions de l'influence des prêtres (XI, I).

B) Testament par acte public.

Au début du xiii^e siècle, on trouve des testaments absolument semblables au testament *apud acta* du bas-empire. Le testateur, devant le tribunal ecclésiastique, déclare ses dernières dispositions et demande qu'on en dresse acte : il évitait ainsi toute formalité d'enregistrement ou de publicité lors du décès.

Le testament devant l'official persista, mais le juge d'église ne reçut pas toujours lui-même le testament, il se fit remplacer par un délégué, d'ordinaire par son greffier ; le sceau de la chancellerie du tribunal y était toujours apposé.

Cette délégation de pouvoir est très importante. Au début, le juge n'avait qu'un seul greffier ; bientôt, faute de temps, un nouveau greffier fut chargé plus spécialement d'écrire tous les jugements convenus et les testaments : on ne convoqua plus le testateur devant le juge, mais devant ce greffier ou notarius que bientôt on appela le « notaire » ; ce fut néanmoins toujours le sceau du juge seul qui donna l'authenticité, le notaire épiscopal dépendait de l'official. Peu à peu le notaire apostolique (1) devint plus indépendant du tribunal : au xv^e siècle, les testaments passés devant lui ne sont plus soumis au scel de la cour ecclésiastique, sa signature et son propre scel suffisent, mais probablement par imitation du testament canonique, avec lequel

(1) Au début, on distingua le notaire épiscopal nommé par l'évêque et le notaire apostolique nommé par le pape ; mais bientôt tous ces notaires furent appelés notaires apostoliques.

on dut forcément le comparer, on exige la présence de témoins qui pouvaient être choisis indifféremment dans l'un ou l'autre sexe (1) ; ce testament, comme celui fait en présence du curé, est d'ordinaire écrit en latin, mais il y a des exceptions ; le notaire, en général, dresse l'acte, il peut ne le rédiger qu'une fois la cérémonie terminée.

Lorsqu'à partir de la fin du ^{xiii}^e siècle, le pouvoir royal reprit à l'autorité ecclésiastique ses prérogatives en matière testamentaire, il conserva la même forme de testament : le notaire royal fut chargé des mêmes fonctions que le notaire ecclésiastique. Les charges de notaires royaux furent probablement créées dans la seconde moitié du ^{xiii}^e siècle, à l'imitation des notaires ecclésiastiques et seigneuriaux, pour dresser acte de tous les jugements convenus. En 1301, Philippe le Bel créa 60 notaires près la justice du Châtelet (2), et en 1302, il créa des notaires dans tout son royaume ; il défendit à ses juges de recevoir les jugements d'accord, et érigea les charges notariales en offices : mais les notaires avaient toujours besoin du sceau du juge pour valider les actes et testaments reçus par eux, et devaient résider près du tribunal ; aussi les notaires ecclésiastiques qui pouvaient résider en tous lieux et avaient fini par se passer du scel de l'official, leur faisaient une concurrence grave.

Pour riposter à cette concurrence, l'autorité royale créa dans maints endroits (jamais à Paris) le tabellionage ; il y eut un bureau public d'écritures avec un tabellion au lieu de la juridiction (3), ce tabellion dut faire usage du

(1) Tuetey, « Testament de Denise la Jourdine », p. 465.

(2) Ces notaires restèrent greffiers du prévôt jusqu'en décembre 1538 ; ils étaient nommés par le roi, mais toujours dépendants du prévôt ; la grosse doit être écrite par le notaire (de sa main jusqu'à l'ordonnance de Villers-Cotteret de 1539), mais elle est rédigée au nom du prévôt et le sceau du prévôt peut seul valider les minutes.

(3) Charles VII décida en juillet 1443 qu'il ne pourrait y avoir plus d'un tabellion par ressort de justice royale.

sceau de la juridiction ; mais il pouvait déléguer dans tous les endroits du ressort, des commis appelés « clerks substitués » ne dépendant que de lui, qui avaient pouvoirs pour recevoir les minutes et devaient les lui transmettre pour qu'il les fit authentifier en apposant le scel de la juridiction. En pratique, les tabellions gardaient ensuite toutes les minutes passées par devant leurs clerks substitués, et délivraient les expéditions.

L'on trouve au xv^e siècle beaucoup de testaments reçus par les notaires ou tabellions royaux (1) : il fallait deux notaires qui devaient signer l'acte, la présence de témoins était inutile. Le notaire devait, au début, écrire l'acte lui-même. La minute et la grosse n'étaient valables qu'avec le scel de la juridiction dont dépendait le notaire : à l'origine, ce scel était apposé par le juge, mais Philippe le Long, en 1319, déclara de son domaine les sceaux des justices royales et les bailla à ferme à son profit à un garde-scel qui scellait aussi bien les jugements que les actes notariés. Charles VII, le 1^{er} décembre 1437, obligea les notaires à transcrire toutes les minutes reçues par eux en entier par ordre de date, sur des registres pour éviter les pertes ; cela faisait trois copies : minute, transcription et grosse ; en échange, il les dispensa d'écrire leurs actes et de les grosser eux-mêmes. Les notaires de Paris échappèrent à cette transcription jusqu'à ce que François I^{er} les y eut astreint en 1539. Les testaments notariés offraient donc le plus de garantie possible d'authenticité et de conservation ; cela explique la très grande extension qu'ils prirent à partir du xv^e siècle ; ils deviendront une des deux formes de droit commun des pays coutumiers.

Dans les endroits où les seigneurs avaient le droit de justice, ils eurent leurs notaires seigneuriaux qui reçurent

(1) Tuetey, p. 296, 331, 413, 425, 475, 554, 626.

également dans leur ressort des testaments, comme le notaire royal dans le ressort du roi ; ils furent toujours leurs propres tabellions.

C) Testaments scellés.

Au début du ^{xiii}^e siècle, l'Eglise admettait que l'apposition des sceaux de certains seigneurs suffisaient à donner à l'acte une valeur parfaite ; on partait toujours du même principe : les volontés du défunt étant certainement authentiques, on les exécutait. Ainsi les testaments des rois de France ne sont revêtus que du scel de leur signataire.

Beaumanoir (XII, 9 ; édition Salmon, N° 371) exige que le testament soit scellé de « scel authentique ou de plusieurs seaus de nobles persones, comme de gentius gens ou d'hommes de religion qui portent seaus. »

En cas de sceaux ordinaires, on en exigeait donc plusieurs ; il n'y avait que les nobles ou hommes de religion pour avoir un sceau, il fallait donc recourir à des gens de condition ; les sceaux remplacent les témoins exigés dans le testament canonique, ce sont en quelque sorte des témoins muets.

Au ^{xiii}^e siècle, on trouve plusieurs testaments revêtus de sept sceaux de cire, plus celui du testateur : il y a certainement là une infiltration des principes du droit romain.

Le scel authentique n'était possédé que par certains seigneurs ayant le droit de justice ; ce scel suffisait à lui tout seul, il pouvait valider tout testament, même provenant d'un tiers : on est amené à rapprocher de tels actes des testaments notariés, valables avec le scel du roi (Voir plus haut).

Les testaments scellés sont parfaits par la simple apposition du scel : au ^{xv}^e siècle, la plupart du temps, le testa-

teur les signe, mais c'est une formalité superflue (1), c'est une garantie de plus (on peut voir dans cet usage l'un des débuts du testament olographe) ; de même, on trouve certains testaments rédigés ou scellés devant témoins (2), ce qui n'est pas plus nécessaire à la validité de l'acte.

Cette forme de testament disparut avec la diffusion de l'écriture et fit place au testament olographe ; lorsqu'en effet, la plupart des gens surent écrire et signer leur nom, l'usage des sceaux se raréfia : on préféra la signature, qui donnait plus de garantie et était plus pratique. Lors de la rédaction des coutumes, il n'est plus guère question de ce mode de testament.

D) Testament olographe.

Le testament olographe resta inconnu de presque tout le Moyen-Age. Quand est-il né et d'où provient-il ?

Au xiv^e siècle, le Grand Coutumier dit encore « en pays coutumier, deux ou trois témoins suffisent, et sans témoing aucun testament ne vault rien, non mie testament escript de la propre main du testateur s'il n'est chevalier et qu'il soit en cas périlleux comme au conflit de guerre. » On pourrait induire de là qu'au xiv^e siècle, la forme olographe était permise aux « chevaliers », c'est-à-dire aux nobles seulement (3). Cette version est aujourd'hui rejetée, car elle ne se fonde sur aucun texte de notre droit, et tous les documents de pratique de l'époque semblent, au contraire, la démentir. L'auteur du Grand Coutumier fait soit allusion aux nobles qui peuvent tester sans témoins, avec

(1) Tuetey, « Testament de Pierre du Chatel », p. 279 ; — « Testament de Jean du Berc », p. 527.

(2) Tuetey, « Testament de Pierre de Navarre », p. 546.

(3) Opinion de M. Glasson, « Histoire du droit », t. VII.

l'authenticité de leur scel (1), soit aux chevaliers pris dans le sens de gens de guerre qui peuvent tester sans forme en cas de testament militaire (2). En tous cas, le testament olographe, c'est-à-dire écrit et signé du testateur, sans témoins, n'est pas valable pour le commun des hommes. Toutefois, l'auteur du *Coutumier* note « non mie escript de la propre main du testateur », c'est donc que la question s'était déjà posée et qu'on avait tendance à tester de la sorte.

Devant les progrès très sensibles de l'instruction en France, il était fatal, en effet, que la question du testament olographe se posât. Cet acte signé et écrit par le testateur offre plus de garantie que tout autre forme. Or, nous avons vu que d'après les idées introduites par l'Eglise, l'on ne demandait, au Moyen-Age, qu'à exécuter les dernières volontés du testateur, à condition qu'il n'y eut point de doutes sur leur authenticité : l'on n'en était plus aux idées romaines qui écartaient le testament olographe comme contraire au formalisme de l'ancien droit. Aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles, où seuls quelques gens cultivés savaient écrire, il ne pouvait être question de ce mode de testament. Mais il n'en est plus de même à la fin du ^{xiv}^e siècle ; comme nous l'avons vu, les testateurs qui faisaient des testaments scellés avaient pris l'habitude de les signer quoique ce fut superflu (3).

De plus, les dispositions rédigées par un testateur posédant un scel authentique sans témoins étaient bien voisines de la forme olographe ; il n'y avait qu'à remplacer le scel authentique par la signature. C'est de ce côté qu'on

(1) Opinion de M. Engelmann, « Les testaments coutumiers au ^{xv}^e siècle ». Thèse Paris, 1903, p. 135.

(2) Opinion de MM. Laboulaye et Dareste dans leur édition du « *Grand Coutumier* ».

(3) Tuetey, p. 279 et 527.

doit rechercher les sources du testament olographe coutumier : il ne faut point y voir une résurrection du testament olographe de Valentinien III qui n'avait jamais obtenu beaucoup de succès, et qui, au même moment, était repoussé dans les pays de droit écrit, parce qu'il n'avait pas passé dans la législation de Justinien.

Au xv^e siècle se rencontrent les premiers testaments olographes parfaits : nous possédons quelques documents concrets, émanés de roturiers, et non scellés, et néanmoins signés simplement de leur auteur sans aucune mention de témoins : ces testaments auraient dû être nuls légalement d'après le Grand Coutumier : les plus anciens sont ceux de Philippe Vilate (1) et celui de Guillaume de Vaux (2), tous deux procureurs au Parlement ; ces deux personnes, versées dans le droit, ont dû agir à bon escient ; de même celui de Jean de Neuilly Saint-Front (3) est simplement signé de son « seing manuel », c'est-à-dire de sa signature.

Le testament olographe, une fois né, va se développer de plus en plus et devenir au xvi^e siècle la forme la plus caractéristique du testament coutumier.

E) Testaments mystiques.

Au xv^e siècle et sous l'influence romaine probablement, on trouve quelques testaments mystiques présentés à un notaire royal ou à un notaire apostolique : le testateur remet à l'officier un écrit contenant ses dernières volontés, et le notaire le scelle et dresse, sur le même papier, un acte de suscription. Cette forme n'est qu'une anomalie dans notre droit coutumier : les exemples en sont très rares et elle ne fut guère adoptée par les rédacteurs des coutumes au siècle suivant.

(1) Tuetey, p. 512.

(2) Tuetey, p. 587.

(3) Tuetey, p. 305.

F) Révocation des testaments.

La révocation était soumise aux mêmes règles de forme que la confection des testaments : il suffit que l'intention du disposant se manifeste dans des conditions qui la rendent aussi certaine que l'était le premier testament.

Cette révocation peut être expresse ou tacite.

La révocation tacite ne se présume pas : lorsqu'un défunt a laissé plusieurs testaments successifs, on les exécute simultanément si leurs dispositions ne sont point incompatibles entre elles.

SECTION II. — Testament en droit écrit.

Le testament n'a jamais complètement disparu dans les pays du Midi, profondément imbus des idées latines. Mais au x^e siècle, il n'était régi par aucune forme ni règle certaines. La renaissance des études du droit romain à partir de la fin du xi^e siècle va lui donner une nouvelle vigueur ; le testament méridional prendra un caractère à part ; on fera usage, dans ces régions, des types du droit romain de Justinien (et non de ceux du droit romain, tel qu'il était pratiqué par les Gallo-Romains), en les altérant, par suite, de l'influence des idées germaniques, féodales et surtout chrétiennes qui n'ont pas manqué de se faire sentir comme dans toutes les questions juridiques du Moyen-Age. Par suite, la coutume joue un rôle important en cette matière, même dans le Midi ; il résulta de ce mélange une certaine incohérence dans les résultats que les usages locaux ont seuls enregistrés : les *Exceptiones Petri* elles-mêmes, toutes imbuës du droit romain, sont forcées de convenir que la coutume régit les formes testamentaires (1).

(1) « *In testamentis faciendis, regionis consuetudinem legis vicem obtinere, legis auctoribus placuit* ».

Le testament, même du x^e au xiii^e siècle, n'eut jamais un cachet religieux aussi prononcé que dans le Nord : il resta toujours un acte temporel dressé pour régler les intérêts des familles ; les legs pieux n'y sont, en général, jamais oubliés, mais il est bien rare qu'ils soient l'unique but de l'acte ; le testament du Midi fut, de bonne heure, pratiqué par les seigneurs féodaux qui voulaient « faire un aîné » et maintenir leur situation. La juridiction canonique fut bien acceptée en matière testamentaire, surtout en ce qui concerne les legs pieux : mais elle ne remplaça jamais la juridiction laïque qui, même au xii^e siècle, peut être saisie concurremment avec le tribunal de l'évêque, et elle fut combattue et rejetée bien plus tôt qu'en pays coutumier.

A) Formes romaines.

1. *Testament écrit.* — Aux x^e et xi^e siècles, on eut recours, comme dans le Nord, aux voies détournées des donations entre vifs et des institutions contractuelles. Mais on rencontre aussi de vrais testaments, de forme amorphe, révocables jusqu'au décès et ne créant de droits qu'après la mort : on en trouve des exemples dans l'*Histoire générale du Languedoc des Bénédictins* (1).

Quand le droit romain réapparut, on était si bien accoutumé aux commodités des formes floues introduites par l'Eglise, que l'on ne rétablit pas les règles latines d'une manière aussi rigide que l'exigeaient les prudents romains.

A la fin du xi^e siècle, le *Brachylogus juris civilis* (2), ouvrage de théorie, composé d'après les institutes de Jus-

(1) T. V, n° 58, col. 162, n° 162, col. 346 ; — « Cartulaire de Saint-Victor de Marseille », n° 551, t. 1, p. 546, édit. Guérard.

(2) II, 19, § 3 (édit. Bæking, p. 59).

tinien, n'admit comme forme testamentaire que l'acte passé devant sept témoins mâles et pubères ; il pouvait être écrit ou oral ; s'il était écrit, chaque témoin devait y apposer son signum, le nom de l'héritier devait être tracé ou par un notaire public ou par le testateur à peine de nullité (1) ; pour le codicille, ne contenant pas d'institution d'héritier, mais seulement des legs ou fideicommiss, cinq témoins suffisent.

La pratique était moins exigeante. D'ordinaire, le testateur réunit sinon les sept témoins exigés par le droit romain, du moins cinq d'entre eux, non compris le testateur ni le scribe ou le notarius qui écrivait.

Il en est ainsi aux x^e et xi^e siècles, et à cette époque, l'on pouvait prétendre qu'un tel acte était valable même d'après la législation du bas-empire, car les testaments n'étaient que des codicilles, l'institution d'héritier étant restée inconnue dans le Midi jusqu'à la fin du xi^e siècle et n'étant revenue en usage qu'au xii^e siècle sous l'influence du droit de Justinien.

Aux xii^e et xiii^e siècles, on trouve bien quelques testaments faits devant moins de cinq personnes (2) ; mais, en général, il y en a au moins cinq ; et maintes fois ce nombre est dépassé : on trouve sept, neuf, douze, quinze et même vingt témoins nommés dans l'acte, auxquels venaient, dans certains cas, s'adjoindre de plus nombreux anonymes ; d'ailleurs, dans cette multitude de spectateurs, il n'y en a guère que sept qui jouent un rôle actif et qui viennent déposer sur la teneur du testament après le décès du disposant.

(1) Cette nouvelle formalité avait été inventée par Justinien pour le testament tripartite (Code VI, 23, 29 : Institutes, II, 10, 4) ; elle avait d'ailleurs été abrogée par le même souverain dans sa nouvelle

(2) « Histoire du Languedoc », t. V, n° 501, col. 954.

Les témoins apposent assez souvent, au x^e siècle, leur signe distinctif, « signum », sorte de subscriptio ; au xii^e siècle, ils semblent avoir perdu cette habitude et l'acte ne fait que mentionner leur présence. Le scribe apposait, d'ordinaire, son propre signum.

Quant à la nécessité, inscrite dans le *Brachylogus*, de faire écrire par le testateur lui-même ou par un notaire public le nom de l'héritier institué, cette prescription, qui n'aurait pu être observée qu'à partir du xii^e siècle (époque de la réapparition de l'institution d'héritier), ne fut jamais mise en pratique ; l'auteur du *Brachylogus* semble d'ailleurs l'avoir copié dans les compilations de Justinien, sans se préoccuper beaucoup de la faire appliquer : car les souscriptions des testaments par un scribe — même accompagnées de son signum — ne sont jamais faites aux xi^e et xii^e siècles par des officiers publics et ne donnent pas à l'acte le caractère d'écrit authentique : le mot de notaire lui-même (de notare, synonyme de scribere) n'est que l'équivalent du mot scribe, et ce serait une grave erreur de prendre les testaments écrits au xi^e siècle par un notarius pour des actes publics, il suffit de les lire pour voir que cet écrivain ne prend aucun titre caractéristique.

Vu l'ignorance générale, il est bien rare que le testateur écrive lui-même son testament ; souvent même il n'appose pas plus son signum que les autres personnes présentes ; ce signum n'est obligatoire que dans les partages d'ascendants qui sont valables sans autre formalité et peuvent se passer de tout témoin ; fréquemment, l'acte était écrit par un prêtre, les gens instruits se rencontrant surtout dans cette classe de la société ; les scribes, bien que n'ayant qu'un caractère privé, acquièrent un certain tour de main, ce qui fait — le sens du droit étant plus répandu d'ailleurs dans le Midi que dans le Nord — que les documents méridionaux ont un style bien plus concis et plus juridique que ceux

des pays septentrionaux : on y emploie un style d'affaires et on répudie les longs développements inspirés par la religion, si chers aux testateurs coutumiers ; enfin, à partir du ^{xii}^e siècle, le testament se distinguant du codicille, on voit réapparaître la clause codicillaire, demandant que le testament, en cas de nullité, soit considéré et exécuté comme un codicille (ou même comme testament canonique) si les règles de validité exigées pour les codicilles (présence de cinq témoins) sont observées. L'usage de cette clause ne fera qu'augmenter aux siècles suivants.

Au ^{xiii}^e siècle, les études de droit romain, sous l'influence de l'école de Bologne, devenant plus approfondies, le testament écrit, de forme romaine, se rapproche encore du testament tripartite de Justinien, et prend le nom de testament *in scriptis* ou solennel : le testateur présente ses volontés à sept témoins mâles et pubères qui apposent leur subscriptiones (1) et le scellent ; le testateur lui-même subscribit ou, s'il ignore écrire, appelle un huitième témoin.

C'est à partir de ce siècle que l'on voit le testateur recourir, pour la rédaction de ses dispositions, à un notaire public.

Les notaires, dans le droit écrit, n'ont pas la même origine qu'en droit coutumier ; ils furent importés d'Italie ; en Italie, au début, le juge recevait les jugements d'accord et les faisait rédiger par son scribe ; mais, de bonne heure, le magistrat n'y suffisant plus, on dédoubla son siège : pour les jugements convenus, on créa un juge indépendant qui eut son propre sceau, ce fut le notaire public ; il ne faut pas le confondre avec le notaire coutumier qui

(1) Il semble même qu'ils ajoutaient parfois leur signature ; — voyez « Le Polyptique de l'église collégiale de Saint-Paul de Lyon », édit. Guigue, n° 46, p. 203, « rogo testes ut sigillent, signent et subscribant ».

n'était qu'un scribe du juge au contentieux et devait apposer le scel de ce juge sur ses actes : ici le notaire ne dépend de personne. Cette institution fut introduite tout d'une pièce dans la France méridionale au xiii^e siècle : ce furent les *notaires publics*, magistrats possédant leur propre sceau et ne dépendant d'aucune juridiction.

Quand les rois de France reprirent sous leur autorité les pays du Midi, ils créèrent, à l'instar de ce qui existait dans le Nord, des « notaires royaux » dépendant de la juridiction royale et ne se servant que du sceau du juge royal. Une ordonnance de Philippe le Bel, de 1304, fusionna les notaires publics et les notaires royaux ; ils devinrent tous notaires royaux, mais ce furent les principes et les prérogatives des anciens notaires publics qui l'emportèrent en grande partie ; les nouveaux notaires ne sont compétents que dans le ressort du tribunal où ils résident, mais ils ont leur propre sceau et il leur est inutile de recourir au scel royal : c'est pour cette raison que le tabellionage demeura toujours inconnu dans le Midi.

Dès leur existence en France, les notaires furent requis pour assister à des testaments solennels ; ils peuvent écrire le testament lui-même, en présence des témoins, et assister ensuite à la subscriptio et à l'apposition des sceaux de ces derniers, en y ajoutant leur propre scel et leur signature ; ou le testateur peut apporter l'acte tout dressé et ils n'assistent qu'aux subscriptiones et à l'apposition des scels. En tous cas, leur présence n'est jamais nécessaire : ils ne viennent que pour donner à l'écrit plus de garanties ; l'acte acquérant l'authenticité, et par conséquent une force probante bien plus grande, sera plus difficile à attaquer au décès du disposant. Mais sa validité initiale ne dépend pas du tout de la présence du notaire : ce dernier ne figure pas au nombre des témoins et, qu'il ait été présent ou non, le testament est valable ou nul, selon que les prescriptions édictées plus haut ont ou n'ont pas été exécutées.

2. *Testament oral.* — Nous avons naturellement bien moins de sources sur le testament oral que sur le testament écrit ; tant que ce testament resta purement verbal, les chartes et les actes concrets nous faisant défaut, il faut nous rabattre sur les ouvrages de théorie qui sont rares et qui nous renseignent mal : car nous avons vu plus haut que les œuvres doctrinales s'inspiraient directement du droit de Justinien, alors que la pratique admettait de nombreux adoucissements aux préceptes rigides des auteurs latins.

Quoi qu'il en soit, le testament nuncupatif romain réapparaît à la fin du ^x^e siècle, puisque le *Brachylogus* (II, 19, § 2) le cite : « Ejus genera sunt duo, aliud in scriptis, aliud sine scriptis, quod etiam nuncupatio vocatur », et il exige sept témoins comme pour le testament écrit (II, 19, § 4) : « in testamento autem sine scriptis septem « testibus adhibitis sola voluntas testatoris tam de institutione heredis, quam de aliis capitulis exigenda est. »

Au ^{xiii}^e siècle, le testament nuncupatif reste en principe oral et sa validité ne dépend que de la déclaration verbale par le testateur, de ses dernières volontés devant sept témoins (1) : ces témoins répèteront en justice ce qu'ils ont entendu, lorsque le testateur décédera, et cela sera suffisant. Mais de crainte que les témoins ne viennent à disparaître ou à oublier, on prend l'habitude d'en relater, pour plus de commodité, les dispositions par écrit ; cet usage avait déjà été pratiqué au bas-empire, il avait un caractère tout à fait privé et n'influaient en rien sur la validité ou la nullité du testament ; au ^{xiii}^e siècle, l'acte nuncupatif était de même parfois rédigé par une personne privée, mais d'habitude on avait recours au ministère d'un notaire public qui le dressait in forma publica, en donnait

(1) Guillaume Durant, « Speculum juris », liv. II, p. II, § 12, n° 39.

lecture au testateur et témoins assemblés, puis le signait et le scellait seul ; le notaire rédigeait l'acte comme il l'entendait, inscrivant les dispositions soit au fur et à mesure que le testateur les déclarait sous sa dictée, soit seulement une fois la nuncupation entièrement terminée ; ici, comme pour le testament solennel, l'acte notarié était complètement indépendant des dispositions de dernières volontés (1), mais il en fournissait une preuve indéniable et authentique, « illam firmitatem habeant quam habent publica instrumenta » (2) ; le notaire ne compte pas parmi les sept témoins.

Nous avons conservé des exemples de ces actes nuncupatifs rédigés par écrit, et il semble que le nombre de sept témoins exigé par la loi était plus strictement respecté que pour le testament écrit : on n'en trouve jamais un chiffre supérieur ou inférieur ; cette forme ne reposant que sur des témoignages oraux qui pouvaient disparaître, on s'était sans doute dès le début montré plus rigoureux.

3. *Formes spéciales.* — Au xiii^e siècle, quelques magistrats municipaux (3) recevaient des testaments valables, à condition d'être scellés du sceau de la commune. Cette forme ne se rencontre que dans peu d'endroits : elle dérive en ligne directe des testaments *apud acta* et *principi oblatum*.

Les militaires étaient dispensés de toute forme. Le *Brachylogus* exempté de même les *rustici* : le droit de Justi-

(1) « Dicitur nuncupativum quando videlicet coram septem testibus et tabellione testator suam voluntatem et hæredis institutionem nuncupat nec alia solennitas adhibetur quamvis illa per tabellionem redigantur in scriptis (Speculum juris, l^o c^o). ».

(2) « Layette du Trésor des Chartres (Statuts de Villefranche de Rouergue) », t. III, n^o 4255.

(3) Notamment à La Rochelle.

nien se bornait à n'exiger que cinq témoins au lieu de sept ; c'est certainement une innovation due à l'influence canonique et qui a dû disparaître aux siècles suivants.

Les codicilles ne contenant que des legs et pas d'institution d'héritier pouvaient être passés devant cinq personnes seulement.

B) Testament canonique.

On admit également, dans le Midi, que la forme canonique pouvait servir pour tester ; sans doute ce mode ne fut pas aussi usité que dans les pays du Nord, on ne le trouve pas dans toutes les coutumes, dans maints endroits il fut restreint aux legs pieux ; néanmoins, il est d'un usage presque général au XII^e siècle et subit les mêmes vicissitudes qu'en droit coutumier ; il est en grande partie étouffé au XV^e siècle par la législation romaine.

Au XI^e siècle, l'Eglise réglementait au moins partiellement la matière des testaments dans le Midi et appliquait les canons de ses conciles : on put déclarer valablement ses dernières volontés devant deux témoins sans observer aucune autre règle. Cet usage fut admis par les coutumes locales laïques, non seulement pour les legs pieux, mais même pour les dispositions temporelles. L'ancienne coutume de Montpellier, de 1204, pourtant empreinte de romanisme, admet comme valable tout testament écrit ou verbal passé devant trois témoins sans autre solennité. Le droit canon laissait à choisir entre un minimum de deux ou trois témoins ; le droit romain ayant habitué à la multiplicité des témoins, d'ordinaire on exigeait, dans le Midi, trois témoins au moins (coutume de Toulouse) ; on réduisait parfois ce nombre à deux pour les seuls legs pieux qui dépendaient plus directement de l'Eglise (coutume de Car-

cassonne), ces témoins étaient exigés « ad solemnitatem » plus qu'« ad probationem » et le testament restait valable s'ils venaient à décéder avant la cérémonie de publication qui avait lieu après le décès du testateur, à condition naturellement que la preuve de l'acte restât possible.

Au XIII^e siècle, nous avons vu que l'Eglise par réaction contre la trop grande facilité et les abus du testament canonique, exigea la présence du curé à l'acte ; ce fut dans le Midi que naquit et se propagea surtout cette tendance ; c'est que la présence du prêtre permettait de combattre la tiédeur des méridionaux qui trop souvent oubliaient de faire des libéralités pieuses, et forçait les hérétiques, qui pullulaient dans ces régions, à appeler un prêtre catholique, et par conséquent à se convertir s'ils voulaient tester.

Dans la nouvelle rédaction de 1286 des usages de Toulouse, l'on demande, pour faire un testament, deux ou trois témoins avec « la présence du curé et de son vicaire ou en leur absence même sans les appeler » : le droit laïc tendait à faire admettre la présence du prêtre, mais ne l'imposait pas à peine de nullité.

D'ailleurs, il n'était pas possible de dresser un vrai testament au sens romain du mot, c'est-à-dire une institution d'héritier, par le mode canonique ; on ne pouvait que faire un codicille contenant des legs ou fidéicommiss (1).

Après la renaissance de l'institution d'héritier en droit écrit, le testament canonique fut donc réduit à un rôle secondaire.

Au XIV^e et au XV^e siècle, il disparut même complètement

(1) Si la coutume de Toulouse précitée parle de testament, c'est que par exception elle n'admettait pas au XIII^e siècle l'institution d'héritier et n'établissait aucune différence entre le testament et le codicille.

dans presque toutes les régions pour les legs temporels. Cependant son influence se fera encore sentir après le Moyen-Age ; d'une part, on admit même aux xvr^e siècle de plus grandes facilités de forme pour les legs pieux ; d'autre part, certaines coutumes du Midi se contentèrent, pour le testament solennel ou le testament nuncupatif du droit écrit, de la présence de trois témoins au lieu de sept exigés par la loi de Justinien : la coutume de Toulouse est notamment de ce nombre.

C) Publicatio.

La publicatio posthume du testament paraît être tombée en désuétude aux x^e et xi^e siècles : cela n'a rien d'étonnant, étant donné la confusion existante entre l'acte entre vifs et l'acte à cause de mort. Mais au xii^e siècle, on la retrouve, et elle est tout de suite usitée partout ; le retour en faveur du droit romain est pour beaucoup dans cette renaissance, mais il paraît que la cérémonie fut plutôt copiée sur la loi wisigothique que sur les textes romains de première main. De son côté, l'Eglise favorisa cette pratique qui donnait une plus grande publicité au testament et en assurait la conservation et l'exécution ; la publicatio pouvait se faire indifféremment devant l'autorité laïque ou ecclésiastique, également compétentes à cette époque en matière testamentaire ; en cas d'acte clos, les témoins le reconnaissent, puis on procède à son ouverture et à sa lecture ; en cas de testament oral, les témoins viennent déclarer les volontés du défunt ; les témoins doivent toujours jurer que l'on se trouve bien en face des dispositions exactes du de cujus. La publicatio a lieu devant de nouveaux témoins autres que ceux du testament et on dresse procès-verbal du tout.

Aux siècles suivants, la cérémonie ne change pas (1).

1 « Speculum juris », liv. II, part. II, § 12, n° 9.

mais en même temps que le clergé perd sa juridiction sur les actes à cause de mort, le droit de procéder à leur ouverture lui échappe : la publicatio au xv^e siècle n'a plus lieu que devant la justice laïque.

D) Révocation.

La révocation est de l'essence du testament. Cet acte ne reprit une physionomie vraiment distincte que lorsque le principe de la révocabilité fut bien posé : ce principe étant d'ordre public, on ne peut y renoncer.

Les règles du droit romain ont réapparu : on peut révoquer tout testament écrit en détruisant le parchemin qui le contient, on révoque toutes dispositions antérieures en faisant un nouveau testament ; une institution nouvelle d'héritier détruit forcément toute institution plus ancienne, même s'il était dans les intentions du défunt de faire concorder ses dispositions successives. Les codicilles, au contraire, peuvent coexister entre eux et sont exécutés concurremment avec des testaments antérieurs ou postérieurs, sauf volonté contraire du défunt.

DEUXIÈME PARTIE

LE TESTAMENT DU XVI^e AU XVIII^e SIÈCLE

. Généralités.

Nous allons étudier les manières de tester dans l'ancien droit français depuis la fin du Moyen-Age jusqu'à la Révolution. Cette étude sera la partie essentielle de notre travail ; dans notre dernière partie, qui traitera de l'ordonnance de 1735, nous ne verrons que les changements apportés au droit existant par l'essai de codification du chancelier d'Aguesseau ; nous nous occuperons ici du droit postérieur à 1735 pour les questions qui n'ont eu à subir aucune modification du fait de cette ordonnance ; nous voulons présenter, à l'heure actuelle, une physionomie d'ensemble du droit coutumier et du droit écrit pendant les derniers siècles de l'ancien régime.

I. — La première caractéristique de cette période se trouve dans la diminution de plus en plus marquée du droit canonique et du sentiment chrétien dans les dispositions de dernière volonté ; avec ce déclin, disparaît la faveur dont jouissaient les testaments au Moyen-Age. La société française de l'ancien régime repose sur une conception très forte de la famille ; et pour maintenir aux familles leur solidité et leur autorité, il faut y conserver les biens reçus des ancêtres ; la noblesse notamment, dont la fortune ne pou-

vait se renouveler par le travail comme dans la bourgeoisie, avait besoin plus qu'aucune autre classe de veiller avec un soin jaloux à la garde de son patrimoine familial ; aussi le testament sera-t-il vu d'un très mauvais œil surtout en droit coutumier, on craindra qu'il ne serve à un intrigant qui viendra dépouiller, par suggestion, les héritiers du sang ; en certaines circonstances, la réserve et la légitime ne sont pas jugées suffisantes. Dans le Midi, cet état d'esprit sera atténué par la vieille idée romaine de la liberté du père de famille, maître de disposer de ses biens, et par celle de la préférence des héritiers librement choisis sur les héritiers ab intestat. Mais dans le Nord, où rien ne vient faire contrepoids à la conception germanique d'une famille très forte, unie par les liens du sang, nous verrons les auteurs coutumiers faire tout leur possible pour rendre les testaments de plus en plus difficiles : notamment, on en augmentera le formalisme et on interprètera toujours de la façon la plus stricte les dispositions réglant les formes testamentaires, on ne se départira de cette rigueur que lorsque le bénéficiaire de la libéralité sera un héritier du sang.

II. — Les pays du Nord et ceux du Midi restent toujours nettement séparés. Les testaments oraux continuèrent à exister dans le Midi malgré les ordonnances. Lorsque Louis XIII, en 1629, essaie de répandre le testament olographe en droit écrit, il échoue lamentablement. La tentative de codification de Lamoignon ne réussit pas.

Néanmoins, une certaine pénétration se fait forcément entre les deux zones, surtout dans les pays limitrophes de la zone adverse : le testament olographe pénètre dans quelques coutumes du Midi, et le testament mystique dans certaines régions du Nord.

C'est surtout entre les deux genres de testaments notariés

que se fait le rapprochement : quoique comme mécanisme le testament du Nord diffère notablement du testament nuncupatif écrit du Midi, l'intervention de la personne publique contribua à établir bien des points communs entre ces deux modes.

Le droit coutumier reste malgré tout plus simple dans ses formes : c'est un vestige de l'influence canonique, plus accentuée dans les pays septentrionaux.

III. — Tout l'ancien droit français repose sur une multitude de textes divers, mais aussi et surtout sur *l'usage*. Il ne faut donc pas nous attendre à y trouver l'unité de vue et la rigidité de principes que nous avons coutume de chercher dans la loi depuis la rédaction des codes modernes. Les Parlements avaient souvent leurs coudées franches, ils pouvaient combler les lacunes des coutumes existantes par des arrêts de règlement, et se départir de leur rigueur dans les cas d'espèce qui leur paraissaient en valoir la peine ; bien plus que de nos jours ils jugeaient plutôt en fait qu'en droit ; on pourrait les comparer, toutes proportions gardées, au préteur du droit romain. Aussi pouvons-nous dire qu'il n'y a pas de règles ou de principes juridiques fondamentaux qui ne souffrent des exceptions dans la jurisprudence.

CHAPITRE PREMIER

LE TESTAMENT EN DROIT COUTUMIER

SECTION I. — **Notions générales.**

I. — Dans le nord de la France, au début du xvi^e siècle, l'Eglise possède en maintes coutumes encore, concurremment avec le roi, la juridiction testamentaire. Dumoulin proteste énergiquement contre ce vestige de l'autorité ecclésiastique du Moyen-Age (1) ; en tout cas, dit-il, si la connaissance de la validité des testaments peut, dans certains endroits, être portée devant les juges d'Eglise, la délivrance des biens se fera par la justice séculière, même pour les testaments des membres du clergé (2). Malgré les dires de cet auteur, l'art. 234 de la coutume d'Orléans, de 1509, déclare que « la connaissance d'exécution de testaments appartient par prévention aussi bien aux juges laïcs comme aux gens d'Eglise. »

C'est au courant de ce siècle que l'Eglise perd sa juridiction ; Charondas nous marque nettement le changement qui vient de s'achever au temps où il écrit (3) : le principe

(1) Dumoulin, « Commentaire sur l'édit des petites dates » et sur l'art. 39 de la coutume de Meaux, l'art. 9 du chap. 13 de la coutume de Lorris et l'art. 266 de la coutume du Bourbonnais.

(2) Dumoulin, sur l'art. 2 de l'ancienne coutume de Bretagne de 1539 ; sur l'art. 234 de la coutume d'Orléans ; sur l'art. 9 du chap. 13 de la cout. de Lorris.

(3) Voyez Charondas le Caron : Pandectes du droit français, liv. III, chap. 13, *in fine*.

de la juridiction exclusivement laïque est affirmé par des arrêts du 7 juillet 1556, du 10 mai 1558 et du 8 juin 1574 (1) ; il fut d'abord établi comme le remarque Dumoulin à propos de l'exécution des legs : un arrêt du 27 avril 1535 (2) défend tout empiètement de l'autorité ecclésiastique sur ce point même si l'exécuteur testamentaire appartient au clergé. A la fin du siècle, la connaissance même de la validité des formes de l'acte a également échappé tout à fait à l'Eglise. Lors de la réfection des coutumes, vers 1580, la nouvelle coutume de Bretagne est la seule qui distingue la connaissance de la validité de l'écrit — réservée aux juges canoniques — et celle de l'exécution qui dépend de l'autorité laïque (3). Les juges du roi et des seigneurs haut justiciers sont exclusivement compétents ailleurs. Notons, en outre, qu'aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, si le testament a été passé devant un notaire royal, la justice royale peut seule en être saisie ; s'il a été reçu par un notaire seigneurial, on peut se rendre indifféremment devant un tribunal royal ou seigneurial, mais le Parlement peut enlever la cause au tribunal du seigneur sur réquisition du procureur général lorsque cette justice est suspecte de partialité, et la porter devant tel siège du roi qu'il juge à propos (4) ; le scel du Châtelet de Paris sur un testament attribue juridiction exclusive à ce tribunal (5).

(1) Louët, « Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris », recueillis par Julien Brodeau, lettre N, sommaire V, n° 6.

(2) Louët, lettre N, sommaire V, 7 ; — Cf. aussi un arrêt du 24 nov. 1622.

(3) Louet, lettre N, sommaire V, 11 ; — d'Argentré, « Commentaire de la coutume de Bretagne ».

(4) Lettre du chancelier d'Aguesseau au 1^{er} président du Parlement de Bordeaux du 14 juillet 1736. Œuvres, édition de 1761 et suiv. t. IX, n° 318.

(5) Choppin, « Commentaire sur la coutume de Paris », liv. II, tit. IV, n° 5.

Si l'Eglise a perdu la juridiction en matière testamentaire, son rôle a été trop important au Moyen-Age pour pouvoir se terminer de la sorte. Ricard déclare que dans les coutumes muettes au sujet de la forme des dispositions de dernière volonté, il faut suivre les principes du droit canon de préférence à ceux du droit romain, des coutumes voisines et même de la coutume de Paris : car c'est au temps où l'Eglise avait la connaissance des testaments que cette solennité s'est répandue en France, « si bien que nous nous arrêtons à cette forme comme à un usage, et non pas en tant qu'elle est prescrite par le droit canon » (1) ; c'était déjà l'avis de Dumoulin ; en ce cas, le notaire représentant de l'autorité laïque peut remplacer, bien entendu, le curé chaque fois que ce dernier a un rôle à jouer d'après les règles canoniques.

Ricard présente cette théorie comme universellement admise de son temps. Toutefois, Ferrière veut qu'en cas de lacune, on ait recours de préférence aux dispositions de la coutume de Paris (2). Ce qui est hors de doute, c'est que le droit coutumier pour les questions relatives aux formes testamentaires qui ne se trouvaient pas résolues par les coutumes (il y en avait forcément partout, même dans celle de Paris), préférerait faire appel aux règles canoniques plutôt qu'aux règles romaines.

II. — Comme conséquence de la diminution de l'esprit chrétien, il faut citer en première ligne, avons-nous dit, la défaveur que subissent les testaments en droit coutumier et l'augmentation du formalisme qui n'est qu'une conséquence de cette disgrâce.

Presque tous les auteurs redoutent que les biens des dé-

(1) Ricard, I, n° 1301 et 1302.

(2) Ferrière, « Corps et compilation de tous les commentateurs de la coutume de Paris », tit. 14, § 3, n° 8.

funts ne sortent de sa famille. « C'était s'abuser, dit Louët,
« de croire qu'en la France coutumière les testaments
« soient favorables, cela était bon chez les Romains qui
« n'avaient rien en plus grande recommandation que l'en-
« tretènement des dernières volontés comme étant la prin-
« cipale marque de leur liberté : au lieu que les Français
« n'ont jamais eu d'autre but que la conservation des fa-
« milles : c'est pourquoi toutes les coutumes ont retranché
« la liberté et pleine faculté de tester et prescrit la forme,
« qu'il n'est pas loisible aux particuliers d'outrepasser, les
« lois municipales étant plus fortes, plus sages et plus pro-
« videntes que les dispositions particulières des hommes,
« comme dit Aristote en ses problèmes » (1).

D'Aguesseau est aussi catégorique : il oppose au droit romain le droit de son époque et il dit que de son temps,
« la loi ne se contente pas d'assurer la légitime à un enfant
« comme une dette naturelle...

« Dans l'esprit de nos coutumes et dans la jurisprudence
« de vos arrêts, lorsque le père a privé les enfants du sur-
« plus de ses biens, la justice a droit d'examiner encore
« quels sont les motifs de son testament. Et, soit qu'il ait
« préféré un seul de ses enfants à tous les autres, soit que
« par une disposition encore plus extraordinaire, il ait
« préféré un étranger à ses propres enfants, on ne con-
« firme jamais son choix, que lorsqu'il a pour fondement
« l'amour même de ses enfants et le bien de sa fa-
« mille » (2).

Aussi est-on très strict pour l'application des formes. L'on n'admet plus, comme au Moyen-Age, que les dernières volontés du mort doivent être exécutées du moment

(1) Louët, lettre R, sommaire 52, n° 13.

(2) D'Aguesseau, 10^e plaidoyer (année 1691). Œuvres, t. II ; —
29^e plaidoyer (année 1694). Œuvres, t. III.

qu'elles se manifestent d'une façon certaine. Tout testament qui ne se conforme pas rigoureusement aux formes de la coutume est nul : « hoc decretum est odio suggestionum » ajoute Dumoulin (1).

« Principalement pour la forme, dit Charondas, il faut
« adhérer aux propres termes de la coutume, quia testa-
« menti factio non privati, sed publici juris est ; il n'est
« donc en la liberté de chacun de faire testament selon telle
« forme qu'il imagine, et ne peut l'équipollent représenter
« la forme et être reçu au lieu d'icelle. Si l'une des solen-
« nités n'a été exactement du tout observée... le testament
« ne sera réputé solennel ni valable... même pour les
« legs pieux » (2). La loi a établi une manière de dévolution des biens après décès : à savoir la succession ab intestat ; elle a permis, par une faveur jugée souvent excessive, de déroger à cette dévolution dans une certaine mesure, la quotité disponible, et à condition de respecter les formes qu'elle a édictées ; ces formes sont « de droit public », c'est-à-dire qu'il ne dépend pas de la volonté des parties d'y rien changer, il faut les respecter intégralement, aucune équipollence n'étant admise (arrêt du Parlement de Paris, 9 août 1602) (3). Il résulte de là que toute infraction à la loi en matière de formes testamentaires provoque l'annulation

(1) Dumoulin, sur l'art. 90 de la coutume de Chartres ; — Comp. Louët, lettre R, sommaire 52, n° 7.

(2) Charondas, « Réponses et décisions du droit français », liv. XI, réponses 36 et 47 ; voyez aussi liv. 5, réponse 12.

(3) Louët, lettre R, sommaire 52, 15 ; — dans le même sens : Charondas, « Mémoires observations du droit français ». V° Testament ; — Sœve, « Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes jugées par arrêts d'audience du Parlement de Paris », t. II, centurie 2, chap. 72 ; — Ricard, I, n° 1502 et 1521 ; — Voyez toutefois : Louët, lettre R, sommaire 52, 6 ; il n'est pas exigé de paroles déterminées du moment que la formalité est accomplie.

de l'acte sans qu'il soit nécessaire que la nullité soit prévue par la coutume, contrairement au principe « pas de nullité sans texte. » Sans doute la jurisprudence ne put appliquer ce système intégralement car il aurait souvent été inique d'anéantir un acte si important pour une brouille ; mais tous les jours elle réduisait à néant des testaments sans texte spécial.

La crainte de la suggestion poussa le formalisme si loin que d'excellents auteurs comme Ricard, Auzanet, protestèrent : une telle solennité, disent-ils, avait son utilité dans les temps simples, mais actuellement ne sert que de piège aux testateurs de bonne foi tandis que celui qui veut faire établir un testament en sa faveur par surprise ne manque pas d'en respecter soigneusement la forme. Ce n'est pas que ces jurisconsultes cherchent à favoriser les testaments : bien au contraire ; mais ils jugent qu'il serait plus profitable pour éviter les captations d'empêcher tout testament à l'article de la mort lorsque le disposant ne jouit plus de toute sa volonté ; de cette façon, on éviterait de compliquer le droit à plaisir et on écarterait les intriquants, les testaments n'étant pas nécessaires et la loi pourvoyant aux successions ; seul le testament olographe, qui se rédige sans l'aide de personne, pourrait à la rigueur être toléré (1). Auzanet fixe à la durée de la dernière maladie du disposant ou au minimum aux huit derniers jours de son existence la période pendant laquelle il ne pourrait plus disposer de ses biens (2) ; Lamoignon, dans ses arrêts (titre 47, art. 74), restreint cette interdiction aux tes-

(1) Ricard, I, n° 1499 à 1501.

(2) Auzanet, « Commentaire sur l'art. 289 de la coutume de Paris. » « Mémoires et réflexions sur les questions les plus importantes de droit et de coutume », p. 89 et s.; — Ferrière, « Compilation de tous les commentateurs de la coutume de Paris », sous l'art. 289, glose 5, n° 24.

taments exceptionnels et déclare que « testament autre que « le militaire, solennel ou olographe ou acte de reconnaissance n'est valable si le testateur n'a survécu 40 jours « francs, sans y comprendre la date du testament et le jour « du décès » (1). Une telle règle n'était admise que par la sage coutume de Normandie, qui annulait toute disposition faite moins de trois mois avant le décès, quelle que fût sa forme.

Non seulement les formes testamentaires doivent être observées à la lettre, mais il est interdit, lorsque la coutume permet le choix entre plusieurs manières de disposer, de faire son testament en entremêlant les règles de l'un ou de l'autre de ces modes : il faut adopter une forme et la conserver jusqu'au bout (Parlement de Paris, 28 août 1575, 31 janvier 1645 et 20 juillet 1655) (2). Un arrêt de 1746 annule entièrement un testament notarié où le déclarant avait ajouté une disposition olographe de sa main avant de signer (3). De même, un acte nul selon le mode auquel le testateur prétendait se conformer, ne peut être valable dans une forme exigeant moins de solennité ; Ricard prétend que cette prescription est fondée sur une présomption de volonté du défunt qui a entendu tester d'une certaine manière et sous certaines conditions seulement : de telle sorte que si le testateur se montrait d'opinion contraire, et disait qu'il entend que son testament vaille en la meilleure forme que faire se pourrait, ses volontés se trouveraient validées : on admettrait cette sorte de clause codicillaire et même on la présumerait très facilement, la règle en

(1) Voir également : Auzanet, arrêts (titre des testaments), n° 74.

(2) Sœfve, « Nouveau recueil » : t. I, centurie 1, ch. 75 ; t. II, centurie 3, ch. 60 ; — Ricard, I, n° 1612 et 1613 ; — Ferrière, « Compilation », t. IV, tit. 14, § 3, n° 3.

(3) Denisart, « Décisions nouvelles relatives à la jurisprudence actuelle, » V° Testament, n° 45.

question ne serait plus une contrainte (1) ; mais Ferrière, au nom de la jurisprudence, combat avec raison cette opinion qui n'a eu jamais aucun écho en pratique : les formalités seraient inutiles, dit-il, si l'on pouvait faire valoir d'une façon quelconque un acte nul d'après la forme adoptée par le testateur (2).

III. — L'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, de 1566, ordonne à peine de nullité qu'il soit passé un écrit pour tout acte dont l'objet a une valeur supérieure à cent livres.

L'ordonnance parlant de tout acte juridique en général, devait être applicable aux testaments et provoquer la nullité de toute disposition verbale. C'est l'avis de Dumoulin « sic semper requiritur scriptura » (3) ; et les Parlements des pays de coutume n'hésitèrent pas à interdire toute déclaration orale (arrêts du 20 décembre 1576, 7 janvier 1593, 6 juin 1594, 10 décembre 1598, 31 août 1602, 28 mars 1606, 19 février 1624) (4). D'ailleurs, les ordonnances d'Orléans, de 1560, et de Blois, de 1579, en exigeant la signature du testateur et des témoins, écartaient tout doute possible, et empêchaient toute disposition non écrite, même roulant sur une somme inférieure à 100 livres. Une telle mesure était très utile pour la preuve ; en outre, comme dit Guy Coquille « souvent advient que les hommes

(1) Ricard, I, n° 1610, 1611 et 1617.

(2) Ferrière, t. IV, tit. 14, § 3, n° 3.

(3) Sur l'art. 13 du chap. 33 de la coutume du Nivernais.

(4) Charondas le Caron : « Réponses ou décisions du droit français », liv. IX, réponse 35 ; « Mémoires observations », V^e Testament ; — Choppin, « Commentaire sur la coutume de Paris », liv. II, tit. IV ; — Louët, lettre L, sommaire V, 3 ; lettre T, sommaire VIII, 6 ; — Ricard, I, n° 1497 ; — Ferrière, « Compilation... » Remarques préliminaires sous l'art. 289 de la coutume de Paris ; — Merlin, « Répertoire de jurisprudence », t. 17, V^e Testament, p. 277 et suiv..

« tiennent plusieurs propos qui ne sont à vraie intention
« de disposer et pourraient être pris par les témoins pour
« disposition » (1).

Il n'y avait aucune exception à la règle ; nous verrons plus loin que les militaires en furent dispensés pendant quelque temps par la jurisprudence, mais qu'ils durent finalement se plier au droit commun. Si certaines coutumes permettaient expressément les testaments oraux, elles devaient être considérées comme non avenues, car il n'y a pas de coutumes qui tiennent devant des ordonnances royales en sens contraire.

Les dispositions verbales sont tellement nulles, qu'on ne peut même pas déférer le serment décisoire à l'héritier sur la réalité d'un legs dont on prétend qu'il a été chargé verbalement par le défunt ; l'écriture est une formalité essentielle à la validité ; un arrêt du Parlement de Bordeaux en sens contraire fut cassé par un arrêt du Conseil.

Mais les ordonnances qui interdisent au légataire de demander un legs verbal ne lui défendent pas de retenir l'objet qui lui a été donné manuellement. L'ancien droit a toujours toléré les dons manuels, même faits à l'article de la mort, à condition qu'ils ne fussent pas de chiffre démesuré par rapport à la fortune du disposant (Parlement de Paris, 26 février 1738 et 25 mai 1746) ; la personne qui les reçoit peut même être chargée de les transmettre à une troisième personne : cette sorte de fidéicommiss est valable (arrêt du 15 décembre 1664) (2).

Quelques auteurs romanisants enseignèrent qu'un testament en bonne forme suffisait pour valider toutes les dis-

(1) Guy Coquille, « Questions et réponses sur les coutumes de France », n° 233.

(2) Ricard, I, n° 1498 ; — Merlin, « Répertoire », t. 17, V° Testament, p. 279 et suiv.

positions que le testateur y déclarait avoir précédemment faites ou devoir faire dans la suite, oralement ou par un écrit séparé : on devait considérer ces legs comme insérés textuellement dans l'acte. Cette doctrine se fondait sur un texte romain qui permettait de déclarer que l'héritier institué serait désigné dans un codicille séparé ; elle ne fut pas et ne pouvait pas être admise, car elle annihilait toutes les formes testamentaires et équivalait au rétablissement des testaments oraux : les dispositions doivent être toutes contenues dans l'acte solennel (1). Il résulte de ce principe, que lorsqu'un testament est nul pour vice de forme, il ne peut être confirmé par un nouveau testament valable qui prévoit la nullité du premier écrit, l'efface et renvoie pour le détail des dispositions à l'acte précédent sans y faire aucun changement (arrêts du 6 août 1602, 15 février 1607, 7 février 1629, 22 février 1638, 3 juillet 1719) (2) ; il faut répéter en entier les dispositions que l'on veut confirmer (3).

Mais si l'ordonnance de Moulins interdit de prouver par témoins tout acte juridique, elle n'interdit pas la preuve orale pour les faits ordinaires postérieurs à la rédaction de cet acte. C'est ainsi que l'on peut prouver par témoins la suppression d'un testament ou sa lacération par quelqu'un d'autre que le disposant (arrêts du 28 novembre 1647, 17 janvier 1651, 27 septembre 1674, Grand'Chambre, janvier 1683) (4), même si l'on soutient que le testament disparu

(1) Merlin, 1^o c^o, p. 281.

(2) « Journal des audiences du Parlement de Paris », t. I, liv. III, chap. 48 et t. VII, liv. II, chap. 46 ; — Louët, lettre R, sommaire 52, chap. 16 ; — Ricard, I, n^o 1619 et 1620 ; — Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Testament, p. 286.

(3) Ricard, I, n^o 1621 ; — Bourjon, « Droit commun de la France », liv. III, tit. IX, part. 2, sect. 2, n^o 44.

(4) « Journal des audiences », t. III, liv. I, chap. 18 ; t. VII, suppl., liv. I, ch. 639 ; — Sœfve, t. I, centurie IV, chap. 71 ; —

était imparfait et non signé ; à plus forte raison en serait-il de même quand l'acte a disparu après que l'exécuteur testamentaire en a fait donner une copie par extrait et a commencé la délivrance du legs (arrêt de la Grand'-Chambre, du 10 février 1690) (1) ; mais il faut offrir de prouver un fait précis, à savoir la suppression de l'acte et non simplement que l'écrit existait déjà et n'est pas retrouvé car la disparition peut provenir du fait du disposant (Paris, Grand'Chambre, 2 juin 1654) (2). Une fois la preuve de la destruction par un tiers faite, le contenu peut être prouvé de toutes manières : l'ordonnance n'exigeait qu'un écrit initial et elle a été observée (3). De même, on peut établir par témoins que l'héritier présomptif a empêché le défunt de tester, et le faire déclarer indigne de la succession : mais le fait démontré doit être circonstancié (arrêts du 9 juillet 1607 et 20 janvier 1625) (4).

On ne peut permettre la preuve par témoins de la supposition d'un testament ou d'actes de suggestion s'il n'y a pas au moins un commencement de preuve par écrit (Paris, Grand'Chambre, 9 avril 1620, 22 février 1633, 1^{er} février 1635, 10 mars 1642, 25 février 1650) (5) ; voyez toutefois en sens contraire, un arrêt du Conseil de Colmar, du 5 juin 1709 et quelques arrêts cités par Ferrière) (6).

Louet, lettre T, sommaire XII, n° 6 ; — Ferrière, sur l'art. 289 de la coutume de Paris, glose V, n° 21.

(1) « Journal des audiences », t. IV, liv. V, ch. 6.

(2) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, ch. 713 ; — Sœfve, t. I, centurie 4, ch. 71 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 21.

(3) Sœfve, t. I, centurie 3, ch. 24 ; cette preuve est fort difficile.

(4) Louët, lettre T, sommaire VIII, n° 11.

(5) Auzanet, « Commentaire sur la coutume de Paris », sous l'art. 289 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, ch. 619 ; — Comp. même ouvrage, t. V, liv. I, ch. 32.

(6) Louët, lettre T, sommaire VIII, n° 18 ; — Ferrière, sous l'art. 289, glose V, n° 21.

Les témoins ne peuvent pas témoigner contre le contenu d'un testament qu'ils ont signé : ce serait rendre l'écrit inutile (Paris, Chambre de l'édit, 19 février 1659) (1).

Le testament peut être rédigé indifféremment sur n'importe quelle substance : parchemin, papier, etc... (2).

Il peut être dressé de nuit comme de jour.

IV. — Quand il s'agissait de tester dans l'ancien droit, quelle était la coutume qui devait fixer les formes à observer ?

Celle du domicile du testateur ?

Celle du lieu où étaient situés les biens ?

Ou celle du lieu où l'acte était passé suivant le vieil adage romain « *locus regit actum* ? »

Ce dernier système fut admis sans discussion par tous les auteurs et la jurisprudence ; comme dit Loysel (3), il faut tester « selon les formes du lieu où l'on teste ; mais les « dispositions prennent leur force par les coutumes des « lieux où les choses sont assises ; car les coutumes sont « réelles » ; cette règle était la seule praticable, car il aurait été souvent impossible de trouver les personnes publiques ou les institutions requises par les coutumes d'une région éloignée. Sans doute, un testateur pouvait tourner la loi qui le régissait en allant dans une contrée voisine user d'une forme interdite chez lui ; l'on se borna à annuler les testaments où la fraude était évidente ; à condition de ne pas être de mauvaise foi, un disposant peut user de la forme d'une coutume où il n'était que de passage.

Cette règle ne figure pas en général dans le texte des coutumes ; mais elle avait déjà été affirmée dans une constitution de Galien et de Valérien au Code et par tous les

(1) « J. des audiences », t. I, liv. X, ch. 9.

(2) Ricard, I, n° 1567 ; — Ferrière, 1^o c°, glose VI, n° 26.

(3) Loysel, « *Institutes coutumières* », liv. II, tit. IV, 302.

docteurs dans leurs études sur le droit romain : Jean Faber, Petrus, Cinus, Barthole, Guy Pape, Fulgosius et Cujas. Les arrêts du Parlement de Paris sont nombreux (1) ; 31 mai 1566, 23 mai 1615, Chambre de l'édit, 22 août 1658, 26 juillet 1661, 17 février 1657, Grand'Chambre, 15 janvier 1721 ; — acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 13 septembre 1702 ; — on ne trouve que deux arrêts d'espèce en sens contraire : Paris, 1^{er} septembre 1661 et 6 septembre 1673.

De même, pour tester à l'étranger (car on autorisa les Français à tester à l'étranger), il fallait employer les formes du pays (2). Un arrêt du Parlement de Paris (Chambre de l'édit, janvier 1606), admettait qu'à l'étranger la forme française était valable pour les biens situés en France, mais il ne fut pas suivi ; un testament fait à Rome par un Français ayant conservé sa qualité de Français, suivant les statuts de la ville de Rome fut validé (arrêt du 29 janvier 1626 — comparez un arrêt du 2 décembre 1627) (3), un testament passé en Hollande devant un notaire hollandais fut exécuté — (arrêt du 1^{er} mars 1689) (4) ; par contre, un testament olographe écrit par un Français en Italie ou ce

(1) Charondas, « Responses et décisions... », liv. III. Réponse 26 ; « Grand coutumier de France », liv. II, chap. 40, en note ; « Code du roi Henri III », liv. VI, tit. V, note 1 ; — Choppin, « Coutume de Paris », liv. II, tit. IV, ch. 2 ; — « Journal des audiences », t. VII, liv. IV, ch. 1 ; t. VII, supplément, liv. I, ch. 757 ; — Ricard, I, n° 1287 et suiv. ; — Sœfve, t. II, centurie 1, ch. 45 et centurie 2, ch. 44 ; — Denisart, « Actes de notoriétés du du Châtelet de Paris », p. 1 et 261 ; — Pothier, « Introduction au titre 16 de la coutume d'Orléans », art. 1^{er}, § II, n° 11.

(2) Ricard, I, n° 1293 et suiv. et 1580 ; — Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 de la coutume de Paris ; — Pothier, « Introduction au titre 16 de la coutume d'Orléans », art. 1^{er}, § II, n° 11.

(3) « Journal des audiences », t. I, liv. I, chap. 81 et t. VII, supplément, liv. I, chap. 48 ; — Ricard, I, n° 1298.

(4) « Journal des audiences », t. IV, liv. IV, chap. 9.

mode était inconnu fut annulé (arrêt de la Grand'Chambre, du 14 juillet 1722 (1). Lorsque le Français habitant l'étranger rentre en France, il doit suivre la coutume du lieu où il se trouve (3 août 1651) (2).

A condition de suivre la règle « *locus regit actum* », le disposant fait un acte dont la forme est valable pour tous ses biens, même situés dans des provinces régies par des coutumes très différentes. Cette règle est absolue pour toutes les formes possibles de testament : nous verrons plus loin en étudiant le testament olographe, que quelques auteurs essayèrent d'émettre pour ce dernier mode une exception et prétendirent que le testateur ne pouvait en faire usage que si la coutume de son domicile l'y autorisait ; cette distinction arbitraire fut repoussée par la jurisprudence (voyez notamment l'arrêt du 14 juillet 1722) (3).

V. — En général, on déclare que le testament coutumier n'est qu'un codicille ; on veut dire par là qu'il est valable sans institution d'héritier. « Entre testament et codicille il n'y a point de différence », dit Loysel (4) ; une institution d'héritier ne vaut que comme legs universel (voyez Lamoignon, arrêtés 1^o c^o, N^o 61) ; de plus, un défunt peut laisser plusieurs testaments valables à la fois.

Le mot codicille, chez les auteurs coutumiers, signifie souvent un nouveau testament qui vient s'ajouter à un

(1) « Journal des audiences », t. VII, liv. V, chap. 31.

(2) Sœfve, t. I, centurie III, chap. 85.

(3) Pothier, « Traité des donations testamentaires, » chap. I, art. 2, § 1 ; — Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Testament, p. 534.

(4) Loysel « Institutes coutumières », liv. II, tit. IV, 300 ; — Voyez « Journal des audiences », t. V, liv. II, chap. 45 ; — Acte de notoriété du Châtelet de Paris du 18 juin 1639 dans le recueil de Denisart, p. 1 ; — Pothier, « Traité des donations testamentaires. » Généralités.

précédent sans le révoquer (1) ; cet acte ne jouit d'aucune faveur spéciale, il est d'ailleurs complètement indépendant du premier, à l'annulation duquel il survit — sauf clause contraire, bien entendu (arrêt du 22 février 1638) (2).

Notons, en terminant, que l'héritier ab intestat ne peut plus arguer un testament de nullité pour vices de forme après l'avoir exécuté ou approuvé en connaissance de cause (arrêt du 5 janvier 1655 (3) ; s'il prétend que la nullité lui était cachée, selon Ricard et Domat c'est à lui à le prouver.

Nous allons aborder l'étude de chacune des formes testamentaires en usage dans les pays coutumiers. Ces formes étaient nombreuses et variées ; elles différaient d'un bailliage à l'autre, et comme les limites des bailliages étaient souvent mal connues, il s'ensuivait des procès à perte de vue. Auzanet réclame avec raison une simplification en cette matière (4). C'est ce que Lamoignon avait essayé de faire dans ses projets d'arrêtés en supprimant la donation à cause de mort et en déclarant (arrêté 50 du titre 47) : « il n'y aura, dorénavant, que quatre formes de testament « ès pays de droit écrit et ès coutumes : savoir, l'olographe, « le solennel, le secret et le militaire. »

Les deux principaux modes du nord de la France étaient le testament olographe et le testament solennel ; nous commencerons par eux, puis nous dirons un mot des autres manières de tester.

1) Voyez Ferrière, *Compilation*, tit. 14, § 9.

(2) Ricard, I, n° 1622 et suiv.

(3) Sœfve, t. I, centurie IV, ch. 79.

(4) Auzanet, *Commentaire sur l'art. 289 de la coutume de Paris*.

SECTION II. — Testament olographe (1).

§ I. — Généralités.

Le testament olographe se répand de plus en plus en droit coutumier ; mais il n'acquiert pas tout de suite sa forme définitive. Au xv^e siècle, en raison de la persistance des idées canoniques, l'on exigeait seulement la preuve certaine que l'acte émanait du de cujus, et l'on se montrait très large relativement à la forme : il suffisait que le testateur ait signé ses dispositions sans les avoir écrites. Dans l'ancienne coutume d'Orléans, de 1509, se retrouve encore le même esprit. « Un testament écrit ou signé de la main « du testateur est valable... » (art. 227) ; on se contente donc soit de l'écriture, soit de la signature du testateur sans exiger le cumul.

Peu à peu, les idées canoniques disparaissent et le droit laïc est plus rigoureux. Dumoulin, sur l'art. 227 de la coutume d'Orléans, critique la règle de cette région et exige un testament à la fois écrit et signé du disposant : « hæc « alternativa... valde captiosa est et videtur resolvenda in « copulam, ut... omnino probandum erit de veritate scripturæ et quod fuit facta animo testamenti completi. » Cette opinion prévalut et le testament olographe fut conservé, mais fut soumis aux règles plus précises exigées par Dumoulin.

Déjà en 1510 l'ancienne rédaction de la coutume de Paris est rédigée en ce sens. Elle admet bien un testament simplement signé du disposant et non écrit par lui, mais il doit lui être relu devant trois témoins, c'est une forme

(1) Voyez une bibliographie dans Merlin, « Répertoire », t. 17. V^e Testament, p. 523 et 524.

hybride — tenant le milieu entre la forme solennelle et la forme olographe — qui ne subsistera pas. En l'absence de témoins, d'après l'art. 96, « avant qu'un testament soit réputé solennel, il est requis qu'il soit écrit et signé de la main et seing manuel du testateur » (le seing manuel n'est autre chose que la signature) : ceux qui ont rédigé cet article se méfient, ils ne disent pas « pour qu'un testament soit réputé solennel », mais « *avant* qu'il soit réputé », il faudra donc faire la preuve de l'écriture et de la signature avant de pouvoir en user, le texte a été tourné pour favoriser les héritiers naturels. La nouvelle refonte de la coutume en 1580 s'attacha moins littéralement aux mots, et dans son art. 289 déclare que « pour réputer un testament « solennel, est requis qu'il soit écrit et signé du testateur. »

Ce testament prit de l'extension, malgré les formes strictes et les solennités du droit nouveau ; les jurisconsultes s'aperçurent que c'était le mode le plus rebelle aux suggestions des tiers — ces suggestions si redoutées de l'esprit coutumier : aussi les favorisèrent-ils (1). Au xvii^e siècle, la jurisprudence n'annule que très difficilement un acte olographe pour suggestion et n'admet pas la preuve de cette fraude si le testateur a survécu longtemps à la rédaction de son acte, et s'il n'y a pas de commencement de preuve par écrit (2) (arrêt du Parlement de Paris, Grand'-Chambre, 11 mars 1704). On encourage l'extension de cette forme : un arrêt de la Chambre de l'édit du même Parlement, en date du 30 avril 1625 l'autorise dans toutes les coutumes muettes (3) ; au contraire, en Belgique, les

(1) Ferrière, sur l'art. 289, glose 1, n° 2 ; glose 5, n° 22.

(2) « Journal des audiences », t. V, liv. II, ch. 26 ; t. V, liv. IV, ch. 6.

(3) « Journal des audiences », t. I, liv. I, ch. 52 ; — Ricard, , n° 1491.

art. 11 et 12 de l'édit perpétuel de 1611 ne l'admettaient qu'en cas de texte l'autorisant expressément.

Ce testament était si facile que certaines gens voulurent en gratifier les pays de droit écrit eux-mêmes : mais un arrêt solennel rendu en robes rouges par le Parlement de Paris, en septembre 1626 (1), arrêta cette tentative. Le chancelier Michel de Maurilhac essaya de reprendre cette réforme par voie législative : dans sa célèbre ordonnance de janvier 1629, connue sous le nom de Code Michaud, il autorisa la forme olographe dans la France entière (art. 126). Il se heurta à la résistance des Parlements du Midi, tout imbus d'idées romaines et qui ne pouvaient admettre un mode aussi simple ; il fallut un lit de justice pour faire enregistrer cette ordonnance au Parlement de Paris ; les Parlements de Toulouse, Bordeaux et Grenoble ne l'enregistrèrent que pour le testament *inter liberos*, en faveur duquel la forme olographe était déjà admise : le code Michaud resta lettre morte sur ce point comme sur beaucoup d'autres ; seul le Parlement de Dijon l'appliqua pour ses pays de droit écrit : le testament olographe y resta (arrêt du Parlement de Dijon, du 21 août 1748).

Beaucoup de bons esprits continuèrent à réclamer la diffusion de cette forme testamentaire : Ricard demande une nouvelle ordonnance en ce sens que l'on fera observer de tous « parce que cette espèce de testament est sans doute « la plus facile et en même temps la plus sûre pour faire « connaître la volonté du testateur » (2) ; c'était aussi le vœu de Lamoignon.

En attendant, les jurisconsultes coutumiers voulurent l'introduire tout au moins dans les pays de droit écrit du Parlement de Paris ; quelques décisions parurent adopter

(1) Ricard, I, n° 1487.

(2) Ricard, I, n° 1489.

cette manière de voir (24 juillet 1601, 7 août 1649, 27 janvier 1651 et 20 juillet 1652), mais un arrêt de la Grand'-Chambre, du 4 septembre 1721 (1), le rejeta pour le Lyonnais, le Forez et le Beaujolais ; cet arrêt fut vivement critiqué ; on finit par admettre le testament olographe dans toute l'Auvergne, même dans la partie régie par le droit écrit et au XVIII^e siècle dans le Mâconnais : ce fut la seule conquête sur la législation romaine.

§ II. — Rédaction de l'acte.

Le testament doit être en entier écrit de la main du testateur : l'art. 289 de la coutume de Paris est très explicite ; un arrêt solennel rendu au Parlement de Paris sous la présidence de M. de Thou, le 21 mars 1581, pour un testament signé du testateur, mais écrit par son serviteur, fixe définitivement la jurisprudence de toute la France coutumière (2) ; aux XVII^e et XVIII^e siècles, la question n'est plus relevée par les recueils de jurisprudence ; Lamoignon, lorsqu'il prépara dans ses arrêtés une refonte de la législation existante, ne fit que se conformer à la coutume (titre 50, art. 51).

Les ratures et interlignes ne sont valables qu'à condition d'être également écrits de la main du testateur et approuvés de sa signature (Paris, 11 juillet 1716) (3) : ce sont de vrais codicilles olographes, dit Bourjon (4).

a) Il suffit d'un mot écrit par un étranger dans l'acte pour que le tout soit nul (Parlement de Paris, 2^e Chambre

(1) « Journal des audiences », t. VII, liv. IV, ch. 20.

(2) Louët, lettre R, sommaire 52, n° 14.

(3) Pothier, « Traité des donations testamentaires », ch. I, art. 2, § 2.

(4) Bourjon, Droit commun, liv. III, tit. IX, part. 2, sect. 2, n° 42.

des enquêtes, mars 1640 ; 5^e Chambre des enquêtes, 4 septembre 1677 ; Parlement de Flandre, 18 janvier 1766, et un arrêt de 1746) (1) ; toutefois, le testament resterait valable si en marge ou en interligne se trouvaient des additions écrites d'une autre main mais ne faisant qu'éclaircir le texte sans rien y changer (Parlement de Paris, Grand'-Chambre, 8 mars 1622) (2). Il est évident que si des additions avaient été ajoutées postérieurement à la rédaction du testament par un étranger et à l'insu du testateur, les dispositions devront être exécutées dans leur forme initiale : car un tiers ne peut créer une nullité.

b) Le défaut d'approbation par signature, des ratures ou des interlignes écrites par le testateur, amène-t-il la nullité de la rectification seule ou celle de tout le testament ? Régulièrement, l'acte devenait imparfait, donc nul en entier ; nous verrons plus loin cette sanction rigoureuse appliquée au testament solennel. La jurisprudence a une tendance à atténuer cette règle en ce qui concerne les testaments olographes ; souvent elle décide que la rature ou la rectification seule est nulle et laisse subsister le reste de l'écrit (Paris, 11 juillet 1716) (3). Mais lorsque la nouvelle disposition intéresse le cœur et la substance des dispositions, l'écrit est tout entier déclaré nul (4) ; peu importe que l'on puisse voir le premier texte qui a été barré, peu importe même que la rectification ait diminué le legs (ce qui prouve qu'elle n'a pas été suggérée par le légataire en

(1) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 de la coutume de Paris ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose I, n° 9 ; l'auteur critique d'ailleurs cette solution et ne voudrait que la nullité des apostilles ; — Merlin, « Répertoire », t. 17, V° Testament, p. 541 et suiv.

(2) Auzanet, sur l'art. 289 de la coutume ; arrêts du Parlement de Paris, liv. III chap. 48.

(3) « Journal des audiences », t. VI, liv. VII, chap. 53 ; — Deni-sart, Décisions, V° Testament, n° 38.

(4) Ricard, I, n° 1569 et suiv.

sa faveur) : le testateur n'a pas arrêté définitivement ses dernières dispositions (Paris, 5^e Chambre des enquêtes, 23 août 1743) (1).

c) L'écrit peut contenir de nombreuses ratures et corrections approuvées toutes à la fin en une seule fois, sans en déterminer le nombre : un arrêt du XVIII^e siècle (Paris, 27 juin 1760) (2) reconnaît la validité de ce procédé. Il semble qu'à cette époque on fut moins difficile pour admettre la validité des rectifications que précédemment. Bourjon (3) accepte que les ratures non approuvées soient valables pourvu qu'il apparaisse d'une façon certaine qu'elles proviennent bien du disposant : de même qu'un testateur peut détruire son œuvre en entier en la supprimant, de même il peut en détruire une partie en la raturant. Cette opinion qui sera celle du Code civil, est en contradiction avec l'opinion des auteurs des XVI^e et XVII^e siècles.

Si l'ordre dans lequel doivent se trouver les renvois est interverti, il suffit que des astérisques indiquent clairement à quel endroit de la disposition chacun d'eux doit se placer : faute de ces indications, le testament pourrait se trouver nul en entier.

Le testament olographe, nous l'avons vu, peut être écrit sur n'importe quelle matière (4) : papier, parchemin, etc., un testament par feuilles détachées est valable (Paris, Chambre de l'édit, 14 avril 1666) (5).

L'écriture doit être en bonne forme, autant que possible sans chiffres ni abréviations principalement pour les mots

(1) Denisart, « Décisions », V^e Testament, n^o 37.

(2) Denisart, 1^o c^o, n^o 41.

(3) Bourjon, « Droit commun », III, 9, 2, 1, 3.

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n^o 26.

(5) Sœlve, t. II, centurie III, chap. 78 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. II, chap. 55.

substantiaux (1) ; mais nulle part l'on ne voit édicter de nullité à ce sujet.

§ 3. — Signature.

Le testateur doit signer l'acte à la fin : ailleurs la signature ne sert de rien et l'acte n'a aucune valeur ; nous en avons un exemple frappant dans le testament olographe de la mère de d'Aguesseau, signé en bas de toutes les pages, sauf à la fin de la dernière qui était restée inachevée : D'Aguesseau ne met pas en doute la nullité de toutes les dispositions sans exception (2). Il y a d'ailleurs un arrêt significatif de la Grand'Chambre du Parlement de Paris, du 24 juillet 1631, sur un cas absolument analogue (3).

Si l'écrit est complet et signé, mais qu'il se trouve de nouvelles libéralités après la signature, l'acte subsiste, mais ces dernières dispositions seront inexistantes (4).

Auzanet (5) exprime le vœu qu'une ordonnance oblige le testateur à signer chaque feuille de manière à en éviter la substitution : ce vœu, inspiré probablement par les idées de Lamoignon, et qui aurait été surtout utile pour les testaments rédigés sur plusieurs feuilles volantes, resta platonique ; mais nous avons vu par l'exemple de la mère de d'Aguesseau que cette façon d'agir était usitée en pratique (6).

(1) Charondas, « Pandectes du droit français, liv. III, chap. I ; Commentaire sur la coutume de Paris ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose V, n° 31.

(2) « Discours sur la vie de M. d'Aguesseau », OEuvres, t. 13 p. 90,

(3) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 189.

(4) Pothier. « Introduction... », I, 8 ; — « Traité des donations », chap. I, § 2, 2.

(5) Auzanet, sur l'art. 289 de la coutume de Paris.

(6) Cf. également « Journal des Audiences », t. VII, Supplément, liv. 1, ch. 189 précité.

L'ordonnance de 1629 du chancelier Michel de Maurilhac (art. 211), força les nobles à signer de leur nom de famille, celui de leur seigneurie devenant inutile ; de même les novices doivent apposer leur véritable nom, au lieu de celui qu'ils ont en religion, sous peine de nullité.

§ IV. — La date et le lieu.

La date était-elle nécessaire à peine de nullité dans un testament olographe ?

Les auteurs coutumiers, jusqu'en 1735, ne se mirent jamais d'accord sur ce point ; presque toutes les coutumes, en effet, étaient muettes, et les ordonnances du xvr^e siècle ne s'étaient point occupées de la question.

Le droit romain lui-même, si étrange que cela puisse paraître, ne résolvait point directement la discussion pour les formes par lui admises : aussi Cujas avait-il conclu au caractère accessoire de la date dans cette législation, tandis que Balde et Barthole étaient d'avis opposé.

Dumoulin, dans son commentaire sur l'art. 227 de l'ancienne coutume d'Orléans, exige que le testament olographe soit daté. En étudiant l'art. 96 de l'ancienne coutume de Paris, il raconte qu'après la mort de M. de Gilbert, conseiller au Parlement, arrivée le 9 août 1546, on trouva un acte de dernière volonté en date du mois d'octobre 1546 : consulté sur la question, il conclut à la nullité parce que la date était postérieure au décès, il fallait présumer que l'intention du défunt avait été de ne pas disposer avant le temps qu'il désignait.

Charondas le Caron et le président de Thou considèrent au contraire la date comme un accessoire ; car, dit Charondas, « la volonté d'un testateur étant ambulatoire jusques
« à la mort et se pouvant révoquer par lui tout testament
« qu'il aurait fait, n'est besoin de la date pour la validité

« d'icelui : morte enim confirmatur, ex eaque vires ac cepit » (1). Mais lorsqu'il y a plusieurs testaments non datés au décès du de cujus, et que l'on ne peut établir l'ordre dans lequel ils ont été faits, le testament le moins favorable au légataire doit être exécuté si tous les testaments sont en faveur du même légataire ; s'ils sont en faveur de légataires différents, à défaut de renseignement, comme il est impossible de connaître l'écrit valable, on appellera à la succession les héritiers ab intestat en laissant subsister toutefois les legs pieux des divers testaments (Paris, Chambre du Domaine, juin 1549) (2).

Nicolas Nupied, rédacteur d'une partie du *Journal des Audiences* est du même avis que Charondas, et déclare (3) que le défaut de date n'est pas une nullité, à moins que cette date ne soit essentielle pour établir la capacité du testateur ou pour fournir la preuve de la non-suggestion du testament ; la fausseté de date non plus ne ruine pas l'acte, sauf si l'antidate ou la postdate ne cache une incapacité ou une suggestion.

La jurisprudence fut incertaine jusqu'au milieu du xvii^e siècle : la question fut appointée par le Parlement de Paris, le 18 mars 1596, en raison de la difficulté (4) ; en général, elle penchait plutôt en faveur de la validité des dispositions non datées (voyez le jugement de juin 1549 du Parlement de Paris, Chambre des Domaines, précité) (5) ; mais elle se déjugait parfois : un arrêt du 25 juin 1612 ordonna qu'un testament non daté serait exécuté, tandis qu'une autre

(1) Charondas, « Réponses », liv. VI, réponse 49 ; liv. X, réponse 90.

(2) Charondas, « Réponses », liv. 10, réponse 90.

(3) « Journal des audiences », t. V, liv. I, ch. 32, à propos de l'affaire de la Pivardière.

(4) Ricard, I, n° 1557.

(5) Ricard, I, n° 1536 et suiv.

décision du 24 juin 1614 fut d'avis opposé (1). En 1660, un arrêt de la Grand'Chambre de Paris, qui exigea une date, parut faire autorité en ce sens ; mais ce ne fut pas pour longtemps, et les arrêts en faveur de la non-nécessité de Paris, du 28 juin 1678 qui valida un acte daté de 1678 notamment un arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris, du 28 juin 1678, qui valida un acte daté de 1678, certainement postdaté, un arrêt du Parlement de Rouen, du 14 mai 1666, des arrêts de Paris de la 4^e Chambre des enquêtes, du 26 février 1731, et de la Grand'Chambre, du 10 mars 1732, enfin un arrêt du même Parlement, du 10 avril 1764, pour un testament antérieur à 1735 (2).

Les grands esprits de la doctrine s'aperçoivent de l'utilité de la date et en réclamant la nécessité. Ricard déclare qu'il n'y a aucune bonne raison pour s'en passer et qu'elle est au moins aussi indispensable que dans le testament authentique où tout le monde l'exige sans hésiter ; sans doute, dit-il, on peut antidater un testament olographe, néanmoins la date est très utile et prouve d'ailleurs souvent la fausseté ou la suggestion de l'acte, la loi des Wisigoths l'exigeait bien dans la forme olographe ! (3). Lamoignon, dans ses arrêtés, édicte qu'« il est nécessaire de faire mention du mois, du jour et de l'année dans le testament olographe, comme dans les autres, à peine de nullité » (titre 47, art. 50). Son disciple Auzanet est de la même opinion (4). Mais ces auteurs ne furent pas suivis. Duplessis ne résout pas la question et continue à la considérer comme douteuse (5).

(1) Cités par Ricard, I, n° 1556.

(2) Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Testament.

(3) Ricard, I, n° 1550 à 1562.

(4) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 ; Arrêtés, Titre des testaments, n° 53.

(5) Duplessis, Coutume de Paris, XIV, liv. III, ch. II, sect. 3, art. 3.

Un acte de notoriété, du Châtelet de Paris, du 13 septembre 1702, regarde la date comme une formalité essentielle des testaments olographes, mais ne prononce aucune nullité (1). Ferrière doute encore (2) et considère que l'arrêt de 1612 vaut mieux que celui de 1660 ; la date, selon lui, ne doit être qu'un accessoire ; mais naturellement un testament daté sera exécuté de préférence à un autre qui ne l'est pas, sauf s'il lui est évidemment postérieur ; dans le doute, on considère l'acte non daté comme antérieur. Bourjon est du même avis que Ferrière (3). Il faudra que le chancelier d'Aguesseau use de la voie législative pour donner raison à Lamoignon, à Dumoulin et à Ricard.

La date dans les dispositions olographes dont l'écriture et la signature étaient reconnues par les héritiers ab intestat, est à cette époque considérée comme exacte jusqu'à preuve du contraire par l'adversaire : la théorie de la date certaine par enregistrement ou relation dans un acte notarié est inconnue : c'est ce qui explique l'utilité pour le disposant de mentionner le jour où il écrit ses volontés.

Il n'y a qu'un cas où la reconnaissance par devant notaire devienne nécessaire : c'est lorsque le testateur entre dans les ordres ; comme il meurt alors civilement et perd la faculté de tester, pour éviter les antedates on l'oblige, s'il a fait un testament olographe, à le reconnaître avant son entrée en religion, à peine de nullité (Paris, 6 février 1673) (4).

L'indication du lieu est-elle nécessaire dans la forme olographe ? Auzanet voulait l'exiger à peine de nullité (5).

(1) Denisart, « Notoriétés », p. 261.

(2) Ferrière, sur l'art. 289, glose I, n° 8.

(3) Bourjon, « Droit commun », liv. III, tit. IX, part. 2, sect. 1,

n 7.

(4) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. II, chap. 122 ; — Pothier, « Introduction. . », art. 1^{er}, n° 10.

(5) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 de la coutume.

Mais les coutumes n'en parlaient pas et son avis ne fut pas suivi. Un arrêt du Parlement de Paris, de la 3^e Chambre des enquêtes, du 28 juin 1678 (1), déclara que la mention du lieu était inutile. Ce fut aussi l'avis de Ricard (2) et de Lamoignon lui-même dans ses arrêtés (3). Au XVIII^e siècle, les auteurs et la jurisprudence sont unanimes en ce sens (Paris, Grand'Chambre, 14 juillet 1749, 5 janvier 1770 et 5 juillet 1782) (4).

Il est certain qu'il y avait là une légère lacune du droit. Nous avons vu plus haut que la forme des testaments était régie par la loi du lieu où ils étaient passés. Comment pouvait-on savoir si le testament olographe avait bien été passé dans un pays où la loi le permettait. Certes, cette forme était presque universellement pratiquée en droit coutumier, mais encore y avait-il des exceptions et surtout elle n'était pas admise en droit écrit. De sorte qu'il suffisait qu'une personne eût passé un seul jour de sa vie dans un pays où le testament olographe était autorisé pour qu'elle put, en antidatant son écrit, ou même en ne le datant pas, employer une forme interdite par la législation qui la régissait.

Certains auteurs coutumiers — et non des moindres — virent bien la difficulté. Ils déclarèrent que la faculté de tester dans la forme olographe se réglait sur la loi du domicile. Et ils essayèrent de justifier cette théorie en droit ; le testateur olographe est son propre ministre, et le

(1) Ricard, I, n° 1491 ; Comparez I, n° 1565 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. II, chap. 17.

(2) Ricard, I, n° 1565.

(3) Lamoignon, tit. 47. art. 52 et 53.

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose I, n° 8 et glose VI, n° 24 ; — Bourjon, « Droit commun », III, 9, 2, 2, 16 ; — Pothier, « Traité des donations », I, 2, 2 ; — Merlin, « Répertoire », tome 17, V^e Testament.

caractère qu'il possède à cet effet étant attaché et inhérent à sa personne, il l'emprunte seulement à la coutume qui a réglé son état juridique et sa capacité, c'est-à-dire à celle de son domicile ; et comme c'est une faculté personnelle qui ne se peut détacher de lui, il la porte en quelque endroit qu'il aille aussi bien que la faculté de tester, les coutumes du lieu où il se trouve ne gouvernant nullement sa personne ni sa capacité (1). Un acte de notoriété, du parquet d'Aix, du 14 juin 1719, en suivant cette théorie, défendit aux Provençaux se trouvant en pays coutumier de faire un testament olographe. Mais cette doctrine ne pouvait être admise : elle repose sur une confusion entre la capacité du testateur réglée par la loi du domicile, et la forme du testament réglée par la loi du lieu. Montvallon, conseiller à la Cour de Provence (2), nous dit que l'acte du parquet d'Aix, de 1719, n'était pas observé, et une jurisprudence abondante du Parlement de Paris jugea que la forme olographe pouvait être pratiquée partout où la coutume du lieu le permettait et ne pouvait être pratiquée que là (Paris, 10 mars 1620, annulant un testament olographe fait par un Parisien à Bruxelles ; Grand'Chambre, 14 juillet 1722, pour un Parisien en Italie ; acte de notoriété du Châtelet de Paris du 13 septembre 1702 ; arrêts de Cassation, 28 prairial an XIII et 20 août 1806, pour des actes antérieurs à 1789 (3).

On voit donc l'utilité de spécifier en quel endroit l'acte est écrit ; sans doute ici encore une fausse indication est

(1) En ce sens Ricard, « Don mutuel », n° 307 ; — Denisart « Décisions », V° Testament, n° 8 ; — Comparez Merlin, « Répertoire », tome 17, V° Testament, p. 534 et suiv.

(2) « Traité des successions », t. I, p. 348.

(3) « Journal des audiences », t. VII, liv. V, chap. 31 ; — Denisart, « Actes de notoriété », p. 261 ; — Merlin, « Répertoire », t. 17 ; V° Testament, p. 534 et suiv. ; — Pothier, « Traité des donations », I, 2, 1.

aisée : mais ce qui figure dans le testament étant vrai jusqu'à preuve du contraire, une telle mention sera souvent d'un gros appoint au légataire assigné par les héritiers ab intestat en nullité dudit testament.

§ V. — Testament par lettres missives.

En général, les auteurs et les arrêts sont d'accord pour admettre le testament par lettre missive aux ^{xvi}^e et ^{xvii}^e siècles. On cite bien deux arrêts contraires du Parlement de Paris (1) au début du ^{xvii}^e siècle ; mais ce sont des arrêts d'espèce, qui ne traitent pas directement de la question. Un arrêt du Parlement de Paris, du 28 juin 1678, accepte d'une manière certaine la validité du testament par lettres (2) ; Louët, Ricard, Duplessis, Ferrière se félicitent de cette solution (3).

Le droit coutumier n'alla pas trop loin. Charondas prétendit que du moment que la coutume n'exigeait que l'écriture et la signature de la main du testateur sans y ajouter aucune formalité, il suffisait de prouver que l'acte avait été écrit et signé du de cujus : c'était aux héritiers ab intestat à établir que l'on n'avait affaire qu'à un projet et que l'acte n'était pas complet (4). Le Parlement de Paris ne fut pas de cet avis, et le 13 janvier 1560, exigea qu'il

(1) Ferrière, sur l'art. 289, glose I, n° 6.

(2) « Journal des audiences », t. VII Supplément, tit. II, chap. 17 ; — Louet, lettre T, sommaire IX, n° 16.

(3) Louet, l^o c^o ; — Ricard, I, n° 1491 ; — Duplessis, sur la coutume de Paris, XIV, liv. III, chap. 2, sect. 3 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 1, n° 6 ; — Comparez Merlin, « Répertoire », t. XVII ; V^o Testament, p. 279 et suiv. et Bourjon ; « Droit commun », liv. III, tit. 9, part. 2, sect. 1, n° 6 qui admettent cette solution pour le droit antérieur à 1735.

(4) Charondas, « Réponses ou décisions du droit français », liv. VI, rép. 49.

ressortit de l'écrit que le défunt avait bien eu l'intention de tester (1) ; il est inutile que le mot testament figure lui-même dans l'acte, ce serait revenir au formalisme et établir des nullités dans l'unique dessein de ruiner de nombreuses dispositions (2) ; mais il faut que la volonté du testateur soit apparente et *actuelle* (3) ; de même, le disposant doit déclarer qu'il donne pour lors de son décès, sinon il est présumé faire une donation entre vifs, soumise aux formalités de ces actes.

Lamoignon et Auzanet protestent contre le testament par lettre missive et veulent le supprimer (4). « Lettre « missive qui contient un ou plusieurs legs ne vaut comme « testament olographe, encore qu'elle soit écrite et signée « du défunt », dit Lamoignon dans ses projets d'arrêtés. En 1735, d'Aguesseau lui donnera raison.

§ VI. — Fin.

Le testament olographe valable en droit coutumier est « réputé solennel », disent les coutumes et les auteurs (5), c'est-à-dire qu'il est complètement assimilé au testament authentique : non seulement il peut révoquer toute disposition authentique antérieure, mais il emporte lui aussi hypothèque au profit du légataire sur les biens de la succession et sur ceux des héritiers ab intestat qui acceptent

(1) Cité par Charondas, Commentaire sur la coutume de Paris, qui se rallie à cet avis ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose I, n° 5 ; — Duplessis, 14, 3, 2, 3 précité.

(2) Ferrière, sur l'art. 289, glose I, n° 7 ; — Duplessis précité.

(3) Ricard, I, n° 1491.

(4) Lamoignon, « Arrêts », tit. 47, art. 53 ; — Auzanet, « Arrêts », titre des testaments, art. 54 ; Commentaire sur l'art. 289 de la coutume de Paris.

(5) Cf. Sœfve, t. I, centurie II, chap. 16 ; — Ferrière, « Compilation... », tit. 14, § 3, n° 1.

la succession (1). On peut toutefois l'attaquer sans prendre la voie de l'inscription de faux.

La clause que le testateur est sain d'esprit, qui sous la plume de la personne publique dans le testament authentique, n'a aucune valeur, est fort utile ici, car elle émane du testateur même : cependant elle n'est pas irréfutable (2).

SECTION III. — Testament authentique.

§ I. — En présence de qui doit-il être passé ?

Le testament par acte authentique, d'après l'art. 289 de la coutume de Paris, peut être passé de quatre manières différentes :

Soit en présence de deux notaires ;

Ou d'un notaire et de deux témoins ;

Ou d'un curé (ou de son vicaire) et d'un notaire ;

Ou d'un curé (ou de son vicaire) et de trois témoins (3).

Ces différentes formes variaient selon les coutumes qui étaient plus ou moins rigoureuses. Nous nous bornerons naturellement à l'étude de la coutume de Paris ; elle est la coutume type et a été imitée dans beaucoup d'autres endroits ; en outre, elle offre l'avantage de présenter tous les principaux modes du testament authentique.

(1) « Journal des audiences », t. VI, liv. III, chap. 12 ; — Laurière, Commentaire sur la coutume de Paris, art. 289.

(2) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1.

(3) L'article 96 de l'ancienne coutume de Paris admettait déjà ces quatre modes ; toutefois, comme en 1510 on était plus rapproché de la simplicité canonique du moyen-âge, deux témoins suffisaient au lieu de trois pour assister le curé.

Il faut ajouter à cette énumération le testament reçu à l'étranger par le chancelier d'un consulat en présence du consul et de 2 témoins.

La solennité introduite par le texte de chaque coutume devait être suivie à la lettre à peine de nullité : aucune équipollence n'était permise. C'est ainsi que dans les coutumes permettant le testament par devant un notaire et deux témoins et passant sous silence celui dressé en présence de deux notaires, les deux témoins exigés ne pouvaient être remplacés par un second notaire ; une déclaration royale du 11 octobre 1561, interprétant l'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans, avait bien déclaré que dans les contrats où la loi exigeait la présence d'un notaire et de 2 témoins, les témoins pourraient être remplacés par un second notaire ; cette déclaration fut limitée aux contrats et ne devait pas être appliquée aux testaments (1), un arrêt du Parlement de Bourgogne, du 1^{er} avril 1594 (2) en décida ainsi, et il fut suivi par la Grand'Chambre du Parlement de Paris, le 15 juin 1602 (3) et le 31 janvier 1645 (4), qui jugea dans un cas un peu différent que deux notaires ne pourraient remplacer trois témoins exigés par la coutume de Senlis ; de même, un testament reçu par deux notaires et un témoin dans la coutume du Maine qui réclamait un notaire et trois témoins, fut annulé par la 3^e Chambre des enquêtes du Parlement de Paris, le 3 juillet 1719 (5).

On reconnaît dans cette application stricte du texte la législation testamentaire, les dispositions canoniques qui

(1) Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n° 26 ; — Ricard, I, n° 1583.

(2) Charondas, « Réponses », liv. III, rép. 63 ; — Voyez aussi un arrêt du 23 juillet 1575 dans Charondas, 1^e c° et un arrêt du 15 juin 1601 dans Louet, lettre R, sommaire 52, n° 12.

(3) Choppin, sur la coutume de Paris, liv. II, tit. 4 ; — Ricard, I, n° 1583,

(4) Ferrière, 1^e c° ; — Soefve, t. I, centurie 1, chap. 75 ; — Ricard, 1^e c° ; — « Répertoire », t. XVII, V° Testament, p. 360.

(5) « Journal des audiences », t. VII, liv. II, chap. 46.

défaveur croissante des dispositions à cause de mort en droit coutumier, et particulièrement du testament solennel, très suspect car il laissait la porte ouverte aux suggestions de légataires peu scrupuleux qui venaient dépouiller les parents du défunt. Le droit canon pur, au contraire, admettait que quatre témoins pouvaient remplacer le curé et deux témoins ; Dumoulin avait déjà combattu cette opinion et affirmé qu'un testament passé devant un curé et un vicaire ne pouvait remplacer celui auquel devaient être appelés un curé et deux témoins.

Avant de rechercher quelles sont les personnes capables de recevoir les dispositions authentiques, notons tout de suite que ces personnes doivent toujours figurer dans l'acte comme représentant de l'autorité publique : le testament n'est valable que si elles prennent cette qualité qui les rend aptes à le recevoir ; si le notaire ou le curé figurent parmi les témoins ou n'expriment pas leur qualité, l'acte est nul : leur présence ne suffirait pas, ils doivent remplir ouvertement leur rôle (Rouen, 22 novembre 1667 ; Flandre, 30 novembre 1763) (1).

A. — *Le Notaire.*

Le testament par devant deux notaires ou un notaire et deux témoins est le testament authentique normal du droit coutumier, on le rencontre dans à peu près toutes les coutumes. Le notaire est le seul *officier public* qualifié pour recevoir les testaments (2). Même quand le droit canon est admis subsidiairement pour compléter les lacunes de la

(1) Basnage, sur l'art. 412 de la coutume de Normandie ; — Merlin, 1^o c^o, p. 333.

(2) « Acte de notoriété du Châtelet de Paris du 22 mai 1700 », Denisart, p. 181.

ne parlent que du testament en présence du curé s'appliquent à celui passé devant notaire : le droit canon étant en vigueur dans les coutumes muettes, le testament notarié sera admis dans ces coutumes (arrêt du Parlement de Paris, du 9 juillet 1608) (1).

Quel est le notaire compétent pour recevoir les actes de dernière volonté ?

a) *Notaire royal*. — C'est le notaire ou le tabellion royal qui est compétent de droit commun. Mais les notaires royaux ne peuvent exercer que dans leur ressort, c'est-à-dire dans l'étendue de la juridiction du tribunal auprès duquel ils sont accrédités (2), car nous avons vu plus haut que le notaire n'était pas autre chose qu'un ancien greffier du juge. Par exception, les notaires du Châtelet de Paris, ceux d'Orléans et de Montpellier conservent leurs prérogatives en dehors de leur ressort et dans tout le royaume (3) ; ce privilège, de date immémoriale, fut reconnu par des déclarations de Louis XII, d'août 1512, de François I^{er}, de décembre 1519, de juillet 1539 et d'août 1544 ; naturellement, en dehors de leur ressort, ils devaient suivre les formes de la coutume du lieu où ils exerçaient (4).

Même le notaire en second doit être de la juridiction où l'acte est passé (5).

(1) Ricard, I, n° 1305.

(2) Voyez un arrêt d'espèce Louet, lettre N, sommaire 5, n° 14.

(3) Bourjon, liv. III, tit. IX, part. 2, sect. 2, chap. 20 ; — Sœve, t. II, centurie 3, chap. 59 ; — Louet, lettre N, sommaire 10, n° 24 ; — Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 3, § 2. Notons toutefois que les notaires de Montpellier et d'Orléans ne pouvaient exercer à Paris (Paris, 22 mai 1787), tandis que ceux de Paris pouvaient exercer à Montpellier et Orléans (Paris, 7 septembre 1783).

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose II, n° 5.

(5) Ricard, I, n° 1578 ; — Duplessis, XIV, liv. III, chap. 2, sect. 3 art. 1^{er} ; — Charondas, Pandectes, liv. III, chap. 1.

Les testaments reçus par les notaires hors leurs ressorts sont nuls (1). Certains auteurs ont essayé de professer l'opinion contraire sous prétexte qu'aucune loi n'édicteait formellement la nullité ; mais les ordonnances de François I^{er} et Henri II, établissant la compétence des notaires, la fixent sous peine de nullité et un notaire sorti de sa région n'est qu'un homme privé sans qualité pour recevoir un testament (arrêt du Parlement de Paris, 30 août 1669) (2). Toutefois, si le notaire passait aux yeux de tous pour être compétent, et si le testateur n'avait point commis une faute lourde en négligeant de le vérifier, l'acte resterait valable en vertu de la maxime : « Error communis fit jus » ; ainsi, si le territoire d'un ressort est litigieux et si finalement l'endroit où le notaire a reçu le testament est considéré comme dépendant d'une autre juridiction, les dispositions subsisteront à condition que l'erreur ait pu s'expliquer par un motif plausible (3) ; un arrêt du Parlement de Paris, de juin 1608, confirme un testament passé par un notaire dans une paroisse où il n'avait pas le pouvoir d'exercer, mais où tout le monde croyait qu'il l'avait (4). Les notaires, tabellions ou les commis de tabellions doivent avoir 25 ans (art. 82 de l'ordonnance d'Orléans, de 1560) ; un notaire mineur nommé en vertu d'une dispense d'âge accordée par le roi, ou par erreur, chacun l'estimant suffisamment âgé, ou encore par fraude, reçoit des testaments valables (5) : dans les deux derniers cas,

(1) Bacquet, « Du droit de justice », liv. III, chap. 35 ; — Pontanus, sur l'art. 17 de la coutume de Blois ; — Loyseau des Offices, livr. I, chap. 6, n° 100.

(2) « Journal des Audiences », t. II, liv. VIII, chap. 18 ; — Voir Merlin, l^o c°, p. 328, 329 qui cite de nombreux autres arrêts en ce même sens.

(3) Ricard, I, n° 1584.

(4) Louet, lettre T, sommaire 11, n° 6.

(5) Pothier, « Traité des donations », ch. 1, art. 3, § 2, arrêt du Grand Conseil, du 18 juin 1721

l'on fait jouer la maxime : *error communis*... (arrêt du Parlement de Paris, du 30 décembre 1604, confirmant un testament passé devant un commis de tabellion âgé de moins de 25 ans) (1). Une solution analogue interviendra pour celui qui exerce la fonction de notaire depuis longtemps sans avoir prêté serment en justice (2).

S'il s'agit d'un notaire suspendu de ses fonctions, le testament sera nul, même si le testateur est de bonne foi (3) ; car le notaire suspendu n'a plus aucun pouvoir, ce n'est plus une des qualités de l'officier public qui manque, mais l'officier public lui-même ; la suspension d'un notaire est un fait connu ; nul ne peut l'ignorer sans commettre une faute grave.

Quand le notaire royal est compétent, il peut recevoir toutes les dispositions, peu importe que son client ne soit que de passage ou soit domicilié dans le ressort (4).

Tous les officiers royaux, notamment les notaires, suivant les anciennes ordonnances de Philippe le Bel, de 1302, Charles VI, de 1388, et Charles VII, de 1431, doivent exercer en personne, et d'après un édit de François I^{er}, du 3 novembre 1539, doivent résider (5).

Un curé ou un prêtre ne peut être notaire laïc (6).

Lorsqu'il est fait appel à un notaire en second, la pré-

(1) Louët. lettre T, sommaire XI, n° 6.

(2) Duplessis, 1^o c°.

(3) En ce sens : Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. I ; « Commentaires sur la coutume de Paris » ; — Pothier, « Traité des donations », 1^o c° ; — Merlin, 1^o c°, p. 328 et suiv. ; — *Contrà* : Ferrière, sur l'art. 289, glose II, n^{os} 6 et 7, qui invoque un arrêt validant des dispositions reçues par un prêtre passant à tort pour un vicaire, ce qui ne prouve rien,

(4) Louët, lettre N, sommaire X, n° 24 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose, II, n° 7 ; — *Contrà* : Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1.

(5) Louët, lettre T, sommaire XI, n° 4.

(6) Louët, lettre N, sommaire V, n° 4.

sence réelle de cette personne publique est indispensable à peine de faux pendant toute la confection du testament (1). Les contrats étaient, au contraire, envoyés à la signature chez un confrère, comme le permettait, pour Paris, les statuts des notaires de cette ville, homologués par un arrêt du 13 mai 1681. D'ailleurs, les actes de dernière volonté passés par devant deux notaires sont assez rares : le testament authentique se dressait plutôt devant un notaire et deux témoins, c'est la vieille forme canonique ; la faculté de remplacer les deux témoins par un second notaire est une innovation coutumière plus récente émanée de la même idée directrice que la déclaration royale du 11 octobre 1561, visée plus haut, qui autorisa une substitution semblable pour les contrats notariés. Auzanet, toujours défavorable aux dispositions à cause de mort, aurait voulu conserver la forme de la coutume de Paris aux actes reçus à la campagne, mais exiger dans les villes la présence de deux notaires en sus des deux témoins (2).

Les tabellions, comme les notaires, pouvaient recevoir les testaments. François 1^{er}, par l'édit d'Angoulême, du mois de novembre 1545, créa des offices de notaires en remplacement des clercs substitués de tabellions, qu'il supprima. Les notaires ne pouvaient plus désormais recevoir que la minute des testaments ; les tabellions seuls pouvaient les grossoyer tout en conservant la faculté de rédiger également des minutes pour leur propre compte ; il fut défendu de cumuler le notariat et le tabellionat ; en

(1) Denisart, « Notoriétés » : notes sous l'acte de notoriété du 22 mai 1700, p. 181 ; — Pothier, « Traité des donations », chap. I, art. 3, § I.

(2) Auzanet, « Mémoires et réflexions sur les questions les plus importantes de droit et de coutume », p. 89 et suiv. ; — Comparez Code civil, art. 971.

pratique les notaires gardaient la minute et n'envoyaient qu'une copie au tabellion.

Cet édit de 1545 ne paraît pas avoir été appliqué partout. Des tabellions continuèrent à commettre, pour instrumenter et recevoir les dispositions de dernière volonté en leur lieu et place : ces commis devaient prêter serment en justice à peine de nullité, mais en fait, s'ils passaient outre, les actes reçus par eux subsistaient si le testateur ignorait ce vice, en vertu de la maxime « *error communis fit jus* » (1). Un arrêt du Parlement de Paris, du 14 octobre 1593, Chambre des enquêtes (2), autorise le tabellion à se faire remplacer par ses commis chaque fois que la coutume lui permet d'exercer son ministère.

Les minutes souvent n'étaient pas cédées au notaire ou tabellion successeur, mais gardées par l'ancien officier public ou sa famille : d'où des pertes très fréquentes. L'ordonnance d'Orléans (art. 83), de 1560, obligea les notaires à les inscrire sur un registre et ordonna qu'à leur décès le juge ferait inventaire de ces répertoires et que les minutes du défunt seraient déposées chez le greffier de la juridiction qui délivrerait les expéditions et réserverait la moitié de son salaire aux héritiers de l'officier public ; mais cette prescription resta inobservée. Un édit d'Henri III, de mai 1575, créa dans chaque bailliage ou sénéchaussée des offices de « notaires garde-notes » auxquels devaient être remis les minutes et les registres du notaire mort ou démissionnaire ; le garde-note délivrait ensuite lui-même les grosses et les expéditions, à charge de donner 1/3 des honoraires à la veuve ou aux héritiers du notaire : cet édit était applicable même à Paris ; mais une déclaration du 12 décembre 1577 unit les offices de garde-notes à ceux

(1) Duplessis, XIV, III. 2, 3, 1.

(2) Louët, lettre T, sommaire XI, n° 1.

de notaire au Châtelet, de sorte que dans cette ville, le successeur reprit les minutes du prédécesseur et délivra les copies. Henri IV supprima enfin toutes ces complications, et, par un édit du mois de mai 1597, réunit les fonctions de tabellions, notaires et garde-notes en un seul office : désormais chaque notaire conserva ses minutes, délivra lui-même ses grosses et expéditions et céda ses archives à son successeur.

Le notaire, ancien greffier du juge, ne dressait toujours pas d'actes parfaits en son nom : il fallait le sceau du juge de sa juridiction ; nous avons vu que depuis Philippe le Long ce sceau était apposé par un garde scel titulaire d'une charge et rétribué pour ses services ; François I^{er}, au mois de novembre 1542, et Charles IX, en juin 1568, maintinrent ces offices. Jusqu'au xviii^e siècle, le garde scel apposa le sceau du roi à la fois sur les jugements et sur les actes notariés : un édit de décembre 1639 dédoubla cette fonction et créa un garde scel pour les jugements et un autre pour les actes authentiques ; la formule exécutoire de la grosse resta au nom du prévôt ; le sceau était apposé sur les minutes, les grosses, les expéditions et les brevets ; le garde scel immatriculait également les registres du notaire. Un édit d'avril 1697 pour les notaires près le Châtelet de Paris, et un édit de novembre 1706 pour le reste du royaume, supprimèrent le garde scel : le notaire devint indépendant du juge, établit la formule exécutoire de sa grosse au nom du roi et posséda un sceau propre aux armes du roi.

Depuis le xiv^e siècle, nous avons vu que les notaires transcrivaient leurs minutes en entier par ordre de dates sur un registre *ad hoc*, de manière à éviter les pertes : cet usage se perdit au xviii^e siècle.

Le notaire doit être discret : un arrêt du Parlement de Paris, du 20 août 1547, publié au Châtelet de Paris, le

7 septembre 1547, lui défend de montrer à qui que ce soit, du vivant du testateur, les minutes des actes de dernière volonté reçus par lui (1) (sauf au disposant bien entendu).

Le notaire peut passer l'acte en brevet, ou ce qui équivaut au même, rendre la minute au testateur ; il n'encourt alors aucune responsabilité à l'égard des légataires en cas de perte (Paris, 8 août 1656) (2) : il ne peut d'ailleurs se refuser à laisser l'acte entre les mains du disposant si celui-ci en exprime le désir (Paris, Grand'Chambre, 18 mars 1624) (3).

Le notaire ne peut rien recevoir, ni pour lui, ni pour sa famille, dans un testament passé devant lui (4) ; quelques coutumes le disent spécialement ; l'art. 27 de l'ordonnance d'Orléans, et l'art. 63 de celle de Blois le spécifient pour le curé qui reçoit une disposition de dernière volonté ; ces articles ne parlent que du curé, car il pouvait seul se prévaloir de la faveur qui accompagne son ministère pour pouvoir y échapper : on doit donc les appliquer, sans hésitation, à plus forte raison aux notaires et à toutes autres personnes publiques susceptibles de les remplacer (5). Cette interdiction est levée en cas de simple reconnaissance notariée d'un testament olographe car les legs sont parfaits et existent auparavant, la reconnaissance n'est faite que pour en faciliter la preuve.

En général, les auteurs et la jurisprudence déclarent

(1) Choppin, liv. II, tit. IV, 3 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose II, chap. 8.

(2) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 756 ; — Sœfve, t. II, centurie I, chap. 44.

(3) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris.

(4) Charondas, Commentaire sur la coutume de Paris ; — Choppin, liv. II, tit. IV, 4.

(5) Ricard, I, n° 540 ; — Pothier, « Traité des donations », chap. I, art. 3, § 2

nul tout testament qui outrepassa cette règle ; toutefois, Ferrière (1) ne demande que la suppression du legs fait au notaire ou à son parent, et non celle de l'acte en entier, car, dit-il, cette nullité ne figure ni dans la coutume, ni dans les ordonnances, et les nullités sont de droit étroit, « pas de nullité sans texte. »

Un arrêt solennel, rendu en la forme de règlement, le 11 août 1607, en la Chambre de l'édit du Parlement de Paris, défendit au notaire de recevoir des contrats dans lesquels ses parents jusqu'au degré de cousin germain inclus étaient intéressés ; cette mesure fut étendue aux alliés au même degré (2) ; par analogie, ce fut également jusqu'au degré de cousin germain que l'officier public ne put recevoir de testaments où ses parents étaient gratifiés. Toutefois, Duplessis s'arrête aux oncles et aux neveux inclusivement (3), et des dispositions passées devant un notaire qui, par sa femme, était cousin germain du légataire universel, furent validés le 6 juillet 1722 par le Parlement de Paris (4).

Le notaire peut être parent du testateur : le 9 avril 1647, le Parlement de Paris déclara valable un acte reçu par un fils du testateur qui n'y était pas avantagé sur ses frères et sœurs (5) ; s'il avait été avantagé, il aurait été considéré comme légataire et le testament non avenu. L'art. 8 de la loi du 25 ventôse an XI interdira à tout officier ministériel de recevoir les dispositions de ses proches.

(1) Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n° 26.

(2) Ricard, I, n° 1594.

(3) Duplessis, XIV, liv. III, chap. II, sect. 3, art. 1^{er}.

(4) « Journal des audiences », t. VII, liv. V, chap. 29 ; — Pothier, « Introduction », art. 1^{er}, § II, n° 13 ; « Traité des donations », chap. 1^{er}, art. III, § 2,

(5) Sœlve, t. I, centurie 2, chap 16 ; — Pothier, « Traité des donations », 1^o c°.

Le notaire peut également faire partie de la famille du deuxième notaire ou de l'un des témoins. Un ancien arrêt de Règlement, du 22 mai 1550, défend à l'officier public d'instrumenter avec des parents en ligne directe ou des frères, oncles ou neveux, mais il n'édicte pas de nullité (1) ; de même, l'arrêt de Règlement, du 11 août 1607 susvisé, empêche les notaires de prendre leurs parents jusqu'au degré de cousins germains inclus comme témoins dans leurs actes, mais toujours sans sanction efficace (2). Aussi, un testament passé en présence d'un notaire et de deux témoins dont l'un était le frère de la personne publique, fut validé en la Grand'Chambre du Parlement de Paris, le 2 décembre 1669 (3) ; des dispositions ou le fils du notaire fournissait son témoignage, furent admises le 5 avril 1661 par le Parlement de Dijon (4). Le fait de la parenté entre l'officier public et un témoin ne peut servir que de présomption de suggestion s'il y a d'autres preuves.

Jusqu'en 1708, le notaire pouvait recourir au témoignage de son propre clerc ; cela lui fut interdit par un arrêt de Règlement du Parlement de Paris, du 2 juillet 1708 (5), valable dans toute le ressort de cette Cour ; dans les autres ressorts, l'ancien droit persista jusqu'en 1735. Naturellement le clerc peut témoigner dans un acte reçu par un confrère de son patron (Paris, 3^e Chambre des enquêtes, 10 mai 1738).

(1) Ricard, I, n^o 1595 ; — Bourjon est cependant d'avis contraire (III, 9, 2, 2, 20) et prétend que l'arrêt de 1550 ne doit pas être enfreint sous peine de nullité.

(2) Denisart, « Décisions », V^o Testament. n^o 73.

(3) Sœfve, t. II, centurie 4, chap. 42 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. IV, chap. 94 ; — Bourjon, III, 9, 2, 2, 35.

(4) Raviot sur Perrier, question 341, n^o 15.

(5) « Journal des audiences », t. V, liv. 8, chap. 26 ; — Laurière, sous l'art. 289 de la coutume de Paris ; — Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Témoin instrumentaire.

Tout ce qui est affirmé dans l'écrit, comme fait par l'officier public, ne peut être attaqué que par la voie très délicate de l'inscription de faux : dans le cas où cette procédure est entamée, un testament reçu par *notaire royal* emporte exécution par provision (Paris, 29 octobre 1556) ; toutefois, si la preuve du faux était apparente, l'exécution provisoire devrait être suspendue (arrêt du 2 mars 1595) (1).

Si le testament est nul par la faute du notaire, celui-ci encourt-il des dommages-intérêts à l'égard des légataires ; quelques auteurs et un arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris, du 16 février 1617, semblent dire que non ; mais cette opinion doit être écartée, et un arrêt de la Grand'Chambre du même Parlement, du 17 janvier 1662, admet nettement la responsabilité de l'officier public (2). De plus, s'il a attesté un fait qu'il sait pertinemment être faux, il encourt en outre les peines très sévères prévues en cas de faux en écritures publiques. Un arrêt de Règlement du 3 avril 1677 défend aux notaires de lacérer les testaments imparfaits (3).

b) *Notaires seigneuriaux* (4). — Les notaires seigneuriaux nommés par le seigneur haut justicier, et dont Henri III, en 1582, essaya de limiter le nombre, continuèrent à recevoir les testaments jusqu'à la fin de l'ancien

(1) Charondas, Commentaire sur la coutume de Paris ; « Pandectes », liv. III, chap. 1 et 13 ; — Choppin, liv. II, tit. IV, art. 4.

(2) Ferrière, « Compilation », tit. XIV, § 3, n° 9.

(3) Bourjon, III, 9, 2, 2, 9.

(4) Sœlve, t. I, centurie, 3, chap. 47 ; — Louet, lettre N, sommaire X, n° 24 ; — Ricard, I, n° 1579 ; — Duplessis, XIV, III, II, 3, 1 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 2, n° 7 ; — Bourjon, III, 9, 2, 2, 20 à 22 ; — Pothier, « Traité des donations », chap. I, art. 3, § 2 ; — D'Argentré, sur l'art. 570 de la coutume de Bretagne.

régime. Lamoignon ne les excluait pas dans son projet de réforme (titre 47, art. 54).

Pour les actes entre vifs, ils n'étaient compétents que vis-à-vis des gens domiciliés, et relativement aux biens situés dans leur ressort ; si cette disposition avait été appliquée en matière testamentaire, bien des personnes malades au cours d'un voyage et se trouvant dans un pays dépourvu de notaire royal, auraient été empêchés de disposer de leur fortune par dernières volontés. Selon Duplessis, en ce qui concerne la solennité des testaments, le lieu de la mort établit un domicile : le testament d'un voyageur ne devenait valable que s'il mourait où il avait testé. Ricard, Ferrière et Bourjon, sans s'embarrasser de vaines théories, furent d'avis que la règle générale devait être levée devant un cas de force majeure et que le notaire subalterne pouvait recevoir les volontés d'un testateur demeurant hors de son ressort et ayant des biens situés au loin : ce testament emporterait hypothèque comme d'habitude ; le Parlement de Paris, après avoir appointé la question, le 16 juillet 1650, accepta cette manière de voir le 7 septembre 1659, par arrêt solennel rendu en la 1^{re} Chambre des enquêtes.

c) *Notaires apostoliques*. — Les notaires apostoliques ne sont compétents que pour expédier des actes relatifs aux affaires ecclésiastiques, et, entre gens d'église, pour régler les questions de bénéfices et leurs accessoires.

Au Moyen-Âge, ils pouvaient recevoir les actes de dernière volonté, parce que l'Eglise était omnipotente en cette matière. Ils s'en virent privés dans les temps modernes.

Des ordonnances successives de nos rois (art. 20 d'une ordonnance de 1302, de Philippe le Bel ; art. 21 d'une ordonnance de 1490, de Charles VIII ; art. 11 du chapitre

16 d'une ordonnance de 1535 et art. 6 du chapitre 3 d'une ordonnance de 1536, de François I^{er}), interdirent à tous les sujets laïcs de passer contrats devant ces officiers. Aussi, Dumoulin (1) tient-il pour nul le testament reçu par un notaire apostolique, et pense que la coutume ne s'entend que des notaires laïcs et séculiers, bien qu'elle autorise le testament reçu par le curé avec deux témoins ; et cela même pour les testaments des membres du clergé. Cette opinion n'était pas unanime. Les coutumes, en effet, parlaient d'ordinaire du testament devant notaires sans plus préciser, et n'excluaient pas plus le ministère des notaires apostoliques qu'elles ne l'admettaient ; dans les ordonnances susénoncées, il n'est question que des actes entre vifs.

Au début du xvi^e siècle, la jurisprudence n'était pas fixée, un arrêt du mois de novembre 1530 (2) confirma un testament passé devant deux notaires ecclésiastiques. Mais les art. 1 et 2 de l'ordonnance de 1539 qui restreignit la juridiction canonique, mirent fin à cette incertitude et, dès lors, tous les testaments reçus par un notaire en cour d'église furent annulés, sauf dans les coutumes les admettant expressément (Paris, arrêts de juin 1569, juin 1579, juin 1606 ; Rouen, 6 juillet 1632, 9 ou 19 janvier 1657) (3). Au xviii^e siècle, certains auteurs voulurent abolir le pouvoir des officiers ecclésiastiques, même en présence d'un texte en leur faveur : les ordonnances, disaient-ils, inter-

(1) Dumoulin, sur l'art. 96 de l'ancienne coutume de Paris, n° 4 ; — Cf., Louet, lettre N, sommaire 5, n° 1 à 3.

(2) Louet, lettre N, sommaire 5, n° 1 ; — Ricard, I, n° 1575 ; — Ferrière, sur l'art. 389, glose 2, n° 1

(3) Charondas, « Réponses », liv. I, rép. 56 ; — « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 2, n° 2 ; — Ricard, I, n° 1576 ; — Basnage, sur la coutume de Normandie ; — Louet, lettre N, sommaire 5, n° 13 et 14 ; — Merlin, « Répertoire », t. 17. V° Testament, p. 328 et suiv.

disaient le ministère de ces hommes de loi, et toute ordonnance a pouvoir pour remanier une coutume (1) ; cette opinion ne fut pas suivie car les ordonnances en question n'avaient statué que pour les coutumes qui parlaient du notaire, sans spécifier lequel ; certains statuts admettant le testament devant de simples particuliers, il n'y avait aucune raison d'exclure le testament devant notaire ecclésiastique en cas de texte précis. Lamoignon spécifiait dans ses arrêtés que le notaire en cour laïque serait seul compétent dorénavant (arrêtés, titre 47, art. 54 ; Auzanet, d°, arrêtés, N° 55).

Par un édit de 1691, Louis XIV créa un nombre limité de « notaires royaux apostoliques » ayant le diocèse comme ressort pour recevoir certains actes ayant trait aux questions religieuses, et, concurremment avec les notaires laïcs, les testaments des gens d'église ; c'est à titre d'officiers royaux qu'ils recevaient les dernières volontés des membres du clergé ; il ne faut pas les confondre avec les notaires en cour d'église dont il est question plus haut, ils n'étaient pas nommés comme eux par l'évêque, mais par le roi, et leurs charges pouvaient être achetées par des notaires royaux du ressort : c'est ainsi que les notaires du Châtelet de Paris rachetèrent, en 1693, les charges de notaires royaux apostoliques de leur diocèse ; ces offices paraissent avoir été surtout créés pour procurer de l'argent au trésor obéré (2).

B. — *Le Curé ou le Vicaire.*

Le testament canonique est devenu, au xvi^e siècle, un testament solennel ; il se passe devant le curé (ou le vi-

(1) Ferrière, 1^o c°.

(2) Merlin, 1^o c° ; — Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 3, § 3 ; — Houdart, « Le notariat français au xviii^e siècle », Thèse Paris, 1912.

caire) et trois témoins, et plus rarement devant le curé (ou le vicaire) et un notaire.

L'art. 96 de l'ancienne coutume de Paris, l'art. 289 de la nouvelle coutume et bien d'autres coutumes autorisent expressément cette forme. Les ordonnances d'Orléans, de 1560, et de Blois, de 1585, y font allusion (1). Dumoulin et Loysel la reconnaissent comme générale en France coutumière (2) ; elle est admise dans les coutumes muettes par suite de l'application subsidiaire du droit canon en matière testamentaire et de l'influence de la coutume de Paris (arrêt du Parlement de Paris, Grand'Chambre du 2 mars 1714) (3).

Le curé joue absolument le même rôle que le notaire ; il est devenu personne publique et doit appliquer la coutume et les ordonnances, de préférence au droit canon ; il est assujetti, comme le dit Charondas, « aux lois des princes, desrogeantes aux ecclésiastiques » (Arrêt du Parlement de Paris, 18 février 1575) (4) ; l'influence religieuse n'a pas totalement disparu de la matière des testaments, mais l'autorité royale se l'est asservie.

Le testament peut être passé devant le curé ou devant son vicaire.

a) Le curé.

Le curé peut recevoir les testaments dès qu'il est nommé à sa fonction ; il est inutile qu'il fasse enregistrer sa prise

1) V. « Code du roi Henri III », de Barnabé Brisson, revu par Charondas, liv. VI, tit. V, II.

(2) Dumoulin, « Notes sur les coutumes de France », mises par matières, Paris, 1715, p. 416 et suiv. ; — Loysel, « Institutes », II, IV, 301 (c'est même la seule forme de testament citée par Loysel comme générale en pays coutumier).

(3) Denisart, « Décisions notables », V^e Testament, n^o 58 — « Journal des audiences », t. VI, liv. III, chap. 12.

(4) Charondas « Réponses », liv. IV, rép. 13.

de possession. Auzanet réclame en vain une réforme en ce sens.

Le curé compétent est, selon l'art. 289 de la coutume de Paris, celui « de la paroisse du testateur. » Si l'on prenait ce texte à la lettre, il s'en suivrait que dans le ressort de sa paroisse, le curé ne pourrait recevoir les dernières volontés des personnes de passage et, qu'au contraire, il pourrait recevoir celles de ses paroissiens loin de sa cure.

Le droit coutumier n'interpréta pas de la sorte l'art. 289. Il appliqua, ici comme ailleurs, le statut réel, et donna au curé comme au notaire, une compétence territoriale, à savoir sa paroisse. En général, les auteurs permettent au curé d'instrumenter pour toutes les personnes qui se trouvent dans cette paroisse et non seulement pour ceux qui y ont leur domicile (1). Sans doute, dit Duplessis, un disposant ne peut aller dans telle paroisse qu'il lui plaira pour tester devant le curé du lieu ; ce dernier n'a point de caractère pour recevoir l'acte, et la suggestion serait fort à craindre ; mais le curé de la paroisse où le déclarant réside depuis quelque temps ou de celle où il se trouve surpris par la maladie ou un péril qui le menace, n'est pas un prêtre quelconque, sa compétence doit être admise ; le Parlement de Paris, le 2 mars 1714, adopta cette manière de voir (2). Pourtant Lamoignon, dans ses projets d'arrêtés (h. t., art. 54), suivi par Auzanet (3), spécifie bien que le curé de la paroisse du domicile du testateur, est seul compétent.

(1) Ricard, I, n° 1589 ; — Duplessis XIX, 3, 2, 3, 1 ; — Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 59. Note sous un acte de notoriété du 22 mai 1700, « Notoriétés », p. 181 ; — Ferrière, sous l'art. 289, glose 3, n° 4 ; — *Contrà* : Sœlve, t. I, centurie 3, n° 47.

(2) « Journal des audiences », t. VI, liv. III, chap. 12 ; — Denisart, 1° c°.

(3) Auzanet, « Commentaires sur la coutume de Paris ». Arrêtés, titre des testaments, art. 55.

Par ailleurs, le curé perd tout pouvoir hors sa paroisse, même à l'égard de ses paroissiens, et à plus forte raison à l'égard d'un ami auquel il viendrait administrer les derniers sacrements.

Un religieux séculier qui se trouverait à la tête d'une paroisse, peut, quoique mort civil, recevoir les testaments (1). Il est inutile que le curé ait établi son domicile dans sa paroisse : sa résidence suffit ; le cas du curé se faisant remplacer dans sa cure et n'y étant pas domicilié, était assez fréquent sous l'ancien régime.

Un curé, interdit par son supérieur ecclésiastique, peut-il continuer à recevoir des actes de dernière volonté ; l'interdiction ne le dépose pas, ne le prive pas de son état de curé, elle le suspend seulement des fonctions spirituelles qui y sont attachées ; selon Pothier, il conserve ses pouvoirs testamentaires (2), mais la question était discutée.

Un curé décrété de prise de corps ou d'ajournement personnel par le juge séculier, en vertu de l'ordonnance criminelle de 1670, est incapable de toute fonction civile et, par conséquent, de recevoir un testament (3).

Le desservant nommé si le curé est dément, infirme ou absent, de même que le prêtre faisant fonctions de curé, nommé par l'évêque ou l'archidiacre en cas de vacance de la cure ou de litige entre prétendants au bénéfice, ont tous les mêmes pouvoirs que le curé lui-même (4).

b) Le vicaire.

La coutume de Paris, les ordonnances de Blois et d'Orléans et tous les auteurs, mettent les vicaires généraux sur le même rang que les curés.

(1) Ricard, n° 1602 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 3, n° 3 ; — Bourjon, III, 9, 2, 2, 26.

(2) Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 3 § 2.

(3) Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 3, § 2.

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose 3, n° 9 ; — Ricard, I, n° 1588

Les vicaires généraux sont ceux à qui les curés ont donné des lettres de vicariat. Un curé peut avoir plusieurs vicaires généraux, selon l'importance de sa paroisse, mais ils ne doivent pas être subordonnés les uns aux autres, sinon leur chef seul pourrait recevoir les testaments, les autres seraient des sous-vicaires (1). Un prêtre ne peut être institué vicaire à l'effet de recevoir un seul testament ; ce pouvoir ne se donne pas à titre particulier, de crainte de suggestions (Paris, 14 août 1559) (2).

Les vicaires, avant de recevoir un seul testament, devaient faire enregistrer leurs lettres de vicariat aux greffes royaux, dans les villes où il y avait une justice royale, et, ailleurs, en la justice ordinaire (Art. 290 de la coutume de Paris).

En fait, il ne suivaient presque jamais cette prescription, et les testaments reçus par eux étaient néanmoins validés par la jurisprudence comme le prouvent deux arrêts du Parlement de Paris en ce sens, l'un du 11 juillet 1590, et l'autre du 10 mars 1609 (3).

Les vicaires, dans les campagnes, étaient fréquemment vagabonds et ignoraient les formules juridiques ; les actes passés en leur présence étaient souvent égarés, suggérés ou nuls. Le défaut d'enregistrement de leurs lettres au greffe, rendaient les fraudes très faciles. Auzanet (4) réclame pour qu'on leur enlève le droit d'instrumenter ou tout au moins qu'on leur applique la loi en les obligeant à

(1) Ricard, I, n° 1587,

(2) Ricard, I, n° 1586 ; — Duplessis, l° c° ; — Ferrière, sur l'art. 290 ; — Choppin, liv. II, tit. IV, 3.

(3) Ricard, I, n° 1585 ; — Duplessis, l° c° ; — Ferrière, sur l'art. 290.

(4) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris ; « Mémoires et réflexions... », p. 89 et suiv.

faire viser leurs lettres. Lamoignon déclare dans son arrêt 56 : « Ne pourront, les vicaires et prêtres habitués dans les paroisses, recevoir aucun testament, même avec permission du curé » ; l'ordonnance de 1735 déférera à ce désir.

c) Autres prêtres.

Aucun autre prêtre, en dehors des curés ou vicaire, ne peut recevoir de testament. La Chambre de l'édit du Parlement de Paris, annula, le 18 février 1604, un acte passé devant un pasteur protestant (1). Le curé ne peut commettre un simple prêtre à sa place (2) ; de même, des arrêts du Parlement de Paris, du 8 mai 1598 et 18 juillet 1634, ont cassé des testaments faits par un disposant atteint de la peste, en présence de trois témoins et d'un prêtre qui n'était fondé d'aucun pouvoir du curé de la paroisse (3) ; les religieux exerçant les fonctions curiales à l'égard de leurs domestiques et fermiers, ne peuvent recevoir aucune disposition de dernière volonté, car ils n'ont que l'administration des sacrements par privilège (4).

Seuls, les chapelains et aumôniers de certains hôpitaux et hospices sont autorisés à procéder à la confection des testaments des malades qui y sont soignés (5), mais la question de savoir si le testateur doit décéder à l'hôpital pour que ses dispositions soient valables, est discutée (6). Lamoignon voulait rendre cette faculté des aumôniers

(1) Clarondas, « Réponses », liv. XIII, chap. 40 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 3, n° 8 ; — Ricard, I, n° 1582.

(2) Charondas, « Réponses », liv. I, chap. 56 et « Pandectes », liv. III, chap. I, arrêt du 14 août 1559, précité.

(3) Louet, lettre T, sommaire VIII, n° 8 — Ferrière, sur l'art. 290.

(4) Ricard, I, n° 1588.

(5) La coutume d'Orléans pour l'hôpital de cette ville ; — l'art. 24 de l'édit de 1666 pour l'hôpital général de Paris.

(6) Pothier, « Traité des donations », 1, 3, 2.

générale, mais il ne la donnait qu'au recteur ou principal chapelain de l'hôpital pour les malades en traitement (art. 55 des arrêtés).

Les curés ou vicaires ne peuvent garder les minutes ou brevets des testaments qu'ils passent. L'art. 291 de la coutume de Paris les oblige à les porter tous les trois mois au greffe sous peine de tous dépens et dommages-intérêts ; l'ordonnance d'avril 1667 (art. 13 du titre « des faits qui gisent en preuve ») permet de saisir le temporel des curés pour garantir ces dépens ; c'est au greffe royal, s'il y en a un, sinon au greffe de la justice du lieu que le dépôt doit être fait (1), il est gratuit. Des greffiers spéciaux furent créés par Louis XIV dans un but fiscal en octobre 1691 pour recevoir ces actes (2). En fait, le notaire voisin acceptait souvent de conserver les minutes de ces testaments (3). La menace de dommages-intérêts pour le curé qui ne faisait pas régulièrement ses dépôts était illusoire, comme le remarque Auzanet (4), car il est impossible d'évaluer ces dommages si le contenu des dispositions est perdu et mal connu ; souvent les curés d'ailleurs étaient pauvres ; d'autre part, il n'était pas possible d'annuler tout testament qui n'aurait pas été déposé dans les délais, car la validité d'un tel acte ne peut dépendre du bon ou du mauvais vouloir d'un tiers. Aussi, l'art. 291 restait-il sans sanction et n'était-il jamais appliqué ; la conservation des testaments passés devant les curés était très mal assurée (5).

En cas de changement de titulaire dans le bénéfice, on

(1) Denisart, « Décisions », V^e Testament, n^o 56.

(2) Laurière, sur l'art. 291 de la coutume de Paris.

(3) Rousseau de Lacombe, « Recueil de jurisprudence canonique », V^e Curé.

(4) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 et suiv.

(5) Auzanet, précité ; — Ferrière, sur les art. 290 et 291 de la coutume de Paris.

pouvait obliger le successeur à déposer tous les testaments reçus par son prédécesseur, même avant l'expiration du trimestre et, si l'on n'obtenait pas satisfaction, il était permis de procéder à la saisie mobilière des biens du récalcitrant (1). Le curé ne peut délivrer aucune expédition, même pendant les trois mois pendant lesquels il peut légalement conserver l'acte ; le greffier ou le garde-note du bailliage peuvent seuls le grossoyer, le curé n'a ni le sceau, ni la formule exécutoire, il faut le scel de la justice.

Nous avons vu plus haut que l'art. 27 de l'ordonnance d'Orléans, de 1560 (2), défendait aux curés ou vicaires de ne rien recevoir pour eux ou leurs parents dans les actes de dernière volonté faits en leur présence, à peine de nullité du testament entier d'après l'avis dominant. Mais des arrêts du Parlement de Paris, du 1^{er} août 1568, 1^{er} août 1569 et 8 mai 1573 (3), ainsi que l'art. 63 de l'ordonnance de Blois, de 1579 (4), les autorisent à recevoir des legs pieux, même au profit de leur propre église ; un arrêt de février 1746 (5) déclara que l'ordonnance de 1735 ne changeait rien à cette manière de voir.

(1) Ferrière, sur l'art. 291.

(2) Art. 27 : « Ne pourront les curés, vicaires ou autres gens « d'église recevoir les testaments et dispositions de dernière « volonté, lesquels aucune chose leur soit léguée ».

(3) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; Commentaire sur la coutume de Paris ; En note sous le Code du roi Henry III, liv. VI, tit. V ; — Ricard, I, n° 555 ; — Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 ; — Duplessis, XIV, III, 2, 3, 1 ; — Pothier, « Traité des donations », chap. 1, 3, 2.

(4) Art. 63 : « Pourront les curés et vicaires recevoir les testaments et dispositions de dernière volonté encore que par iceux y ait legs, œuvres pies, saintes et religieuses, pourvu que les legs ne soient faits en faveur d'eux ou de leurs parents ».

(5) Denisart, « Décisions. V^o. Testament, n° 63.

Le degré interdit de parenté fut limité aux cousins germains comme pour le notaire. D'ailleurs, tout ce que nous avons dit plus haut au sujet de cet officier public, s'applique au curé ; le curé peut être parent du disposant, du notaire qui reçoit l'acte avec lui et des témoins.

Le testament reçu par le curé ou son vicaire étant un acte authentique, est vrai jusqu'à inscription de faux ; il diffère de l'acte notarié en ce qu'il n'est pas exécutoire provisoirement lorsque cette procédure d'inscription de faux est engagée (1).

C) *Autres personnes.*

Le testament est une faveur. Il faut appliquer la loi strictement. Ne peuvent le recevoir que les personnes publiques qui y sont expressément autorisées. Ainsi, les secrétaires du roi, dont la fonction est, comme celle des notaires, d'authentifier les actes, et qui sont supérieurs dans l'échelle sociale aux notaires, ne sont pas capables d'instrumenter pour un acte de dernière volonté (arrêt du Parlement de Paris, du 15 juin 1602) (2) ; un testament reçu par un ministre serait également nul (Paris, 18 février 1604) (3) ; quelques juridictions admettaient le ministère des greffiers en place de celui des notaires pour dresser les inventaires après décès : ces hommes de loi n'étaient pas de ce fait qualifiés pour recevoir les dernières dispositions ; il leur aurait fallu un texte formel que l'on trouve d'ailleurs dans certaines coutumes qui accordent

(1) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; Commentaire sur la coutume de Paris.

(2) Ricard, I, n° 1581 ; — Ferrière, sur l'art. 289, préliminaires ; — Pothier, « Traité des donations », 1, 3, 2.

(3) Ferrière, sur l'art. 289, préliminaires.

ce droit aux officiers de justice jusqu'aux greffiers inclusivement ou aux officiers municipaux (1).

L'art. 24 du titre 9 de l'ordonnance de la marine, livre 1, admet les testaments reçus par le consul à l'étranger, dans l'étendue de son consulat, en présence de son chancelier et de deux témoins.

§ II. — Façon et clauses de l'acte.

Généralités. — Le testateur doit exprimer de lui-même sa volonté de tester ; le notaire ou les témoins ne peuvent venir lui proposer de procéder à son testament : il y aurait suggestion, ce qui amènerait la nullité.

Mais il suffit que le disposant manifeste un simple désir ; les notaires, comme les témoins, peuvent être appelés par quelqu'un de sa part, « encore qu'il ne les ait pas spécialement et nommément mandés » (2) ; la personnalité des gens qui participent à l'acte importe peu : il suffit que le testateur les voit lorsqu'il sera procédé à la cérémonie.

Le notaire ou les témoins réunis doivent-ils être requis par le testateur de participer au testament et cette réquisition doit-elle être mentionnée dans l'acte ? Les coutumes et les ordonnances ne le disant pas, il était inutile que le disposant fit une demande en termes solennels ou sacramentels (3) ; mais cette réquisition peut être fort utile, car aucun doute ne doit subsister, et l'on doit être certain que c'est bien à la rédaction de ses dernières volontés que le déclarant veut que l'on procède (4) et non par exemple à une

(1) Merlin, « Répertoire », t. XVII, V° Testament, p. 328 et suiv. ; p. 360 et suiv.

(2) Charondas, Commentaire sur l'art. 289 de la coutume.

(3) Lamoignon et Auzanet le spécifient dans leurs arrêts (n° 68 titre des testaments).

(4) Charondas « Réponses », liv. V, rép. 46.

donation entre vifs ; il doit ressortir de l'acte que le désir de tester est actuel et que le disposant n'a pas l'intention de se borner à un projet (1) ; du reste, en présence des formes rigoureuses exigées pour l'acte authentique, il était bien rare qu'un doute s'élevât en pratique.

A) L'acte doit être dicté et nommé par le testateur à la personne publique.

Le testament solennel doit être « dicté et nommé par le « testateur auxdits notaires, curé ou vicaire général et « témoins », dit l'art. 289 de la coutume de Paris, de 1580. Le mot nommé n'est qu'un pléonasme destiné à renforcer le mot dicté. Selon une opinion particulière à Duplessis (2), le mot dicté se référerait au notaire qui écrit, et le mot nommé aux témoins qui écoutent ; c'est là une explication ingénieuse inventée après coup pour justifier une tournure de phrases qui n'a sans doute que l'usage comme seule raison d'être.

L'ancienne coutume de Paris (art. 96) était restée muette à ce sujet ; mais plusieurs arrêts du Parlement de Paris au xvi^e siècle (22 décembre 1571, 23 juillet 1575, 12 mai 1580, 2 février 1584) (3), fixèrent la jurisprudence qui reçut une consécration définitive lors de la revision de 1580.

Les formes du testament étant de droit strict (le testament est une faveur), l'art. 289 de la coutume doit être suivi à la lettre et sans équipollence ; le testateur doit énoncer entièrement toutes ses dispositions ; un acte signé du testateur, dicté à un particulier en dehors de la présence des notaires, qui en passèrent ensuite une reconnaissance

(1) Guy Coquille, « Questions et réponses », n° 233.

(2) Duplessis, XIV, III, 2, 3 dans ses dernières éditions.

(3) Charondas, Commentaire sur la coutume de Paris ; « Pandectes », liv. III, chap. 1.

que le testateur signa à nouveau, et par laquelle il était déclaré que les dispositions avaient été dictées par le de cujus et relues par les notaires, fut annulé suivant arrêt du Parlement de Paris, du 16 janvier 1614 (dans le même sens, Paris, 2^e Chambre des enquêtes, 21 août 1621, Grand'Chambre, 7 février 1629 et 22 février 1638, 6 juillet 1730 ; en sens contraire, 1^{er} février 1597 ; Grand'Chambre, 13 juin 1609 ; 3^e Chambre des enquêtes, 23 janvier 1616 ; Grand'Chambre, 11 août 1631 : ces arrêts d'espèce sont critiqués par tous les auteurs) (1). Le disposant ne pourrait pas plus déclarer de vive voix ses volontés à un tiers qui les répéterait à la personne publique (Paris, 19 mars 1575) (2).

Toutefois, le déclarant peut s'aider du conseil de juriconsultes pour rédiger ses dernières volontés (Paris, Grand'Chambre, 30 juillet 1657) (3) ; ces hommes de loi peuvent lui avoir préparé un projet écrit ou il peut en faire un lui-même, à condition de le relire à haute voix et de le dicter au notaire.

Cette formalité de la dictée du testament était le plus souvent une source de nullités et ne servait guère à empêcher la suggestion ; aussi, Lamoignon n'en parle pas dans ses arrêtés (art. 57) : en la passant ainsi sous silence, il a voulu mettre fin aux abus auxquels elle donnait lieu ; il exige simplement que l'acte soit écrit par n'importe qui en présence du testateur.

L'obligation de dicter l'acte devrait exclure toute dispo-

(1) Auзанet, « Recueil d'arrêts », liv. I, chap. 79 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n^{os} 4 et 7 ; — Charondas, « Réponses », liv. XI, rép. 36 ; liv. V, rép. 46 ; — Louet, lettre R, sommaire 52, n^{os} 16 et 18 ; — Choppin, II, IV, 4 ; — Merlin, 1^o c^o, p. 360 et suiv. ; — « Journal des audiences », t. I, liv. III, chap. 48.

(2) Charondas, « Réponses », liv. III, rép. 47.

(3) Charondas, « Pandectes », liv. III, ch. 1 ; — Ricard, III, n^o 55.

sition par interrogat : on appelle de ce nom, un testament où le notaire propose au déclarant des dispositions toutes préparées, ce dernier se bornant à les ratifier ou à les écarter par oui et par non ; cette façon de procéder permet aisément la suggestion pour peu que les témoins soient complaisants, surtout en cas de maladie du disposant qui, étant affaibli, répond par monosyllabes sans réfléchir à toute la portée de son acte (1).

La nullité du testament par interrogat n'est inscrite dans aucune coutume ; elle ressort implicitement de la nécessité de dicter l'acte (2). Malgré cela, elle ne fut pas admise sans discussion. La première rédaction des coutumes étant muette, on avait recouru au droit romain et aux docteurs qui l'étudiaient ; ceux-ci, en l'absence de tout texte contraire, acceptaient en général la validité des legs faits par interrogation, même si cette interrogation provenait de la personne publique ; d'autres distinguaient si l'interrogation était faite par une personne privée qui y avait intérêt et était suspecte, ou par une personne publique respectable et planant au-dessus des intérêts particuliers.

Mais les auteurs coutumiers protestèrent bientôt. Dumoulin (*consilium* 32, N° 12), sans réclamer violemment la nullité du testament par interrogat, déclare : « si notarius aut alius qui interrogat..., declaratio notarii non sufficeret, non enim testator præsumitur voluisse dicere quod non ab ejus ore profectum est. » Guy Coquille est aussi catégorique : « La volonté de l'homme est proprement « sienne, n'ayant source d'ailleurs que du premier mouvement que chacun de nous a et prend en soi-même ; la « volonté de tester et l'exécution d'icelle volonté doivent « procéder du premier mouvement du testateur, c'est-à-dire que lui-même doit le premier, sans aucun avertisse-

(1) Charondas, « Réponses », liv. V, rép. 46.

(2) Charondas, « Mémorables observations », V° Testament

« ment précédent, dire que sa volonté est d'ordonner par
 « testament telle ou telle chose, sans qu'il y ait des interro-
 « gations et semonces précédentes s'il veut pas donner ou
 « léguer à un tel, qui est vraie suggestion... Ces sugges-
 « tions sont d'autant plus à blâmer que le testateur est
 « malade et que son traitement est en la puissance de
 « ceux qui le sollicitent de donner... A plus forte raison,
 « se doit dire le testament être nul quand le notaire ap-
 « porte le testament tout dressé, le lit au testateur et se
 « contente de l'interroger s'il veut pas ainsi ; même quand
 « le testateur est malade. Mais bien se peut faire que le
 « testateur fasse entendre sa volonté au notaire, puis le
 « notaire l'écrive et, en lisant son écrit au testateur, lui
 « demande si telle a été ou est sa volonté » (1). Aux xvii^e
 et xviii^e siècles, les auteurs se rangent tous à cette opinion :
 nous ne citerons que Charondas, Ricard et Ferrière (2) à
 titre d'exemples.

La jurisprudence coutumière interdit également cette
 manière de procéder (Grand'Chambre, Paris, 27 octobre
 1595) (3) ; toutefois, elle ne fut pas aussi ferme que la
 doctrine et l'on y rencontre quelques arrêts en sens con-
 traire (Paris, Grand'Chambre, 9 août 1683) (4).

De même que les dispositions par interrogat, les dispo-
 sitions par signes sont nulles pour le même motif ; ces
 deux nullités d'ailleurs coexistent souvent ; le disposant
 peut exprimer ses volontés par signes, le notaire l'inter-
 roge pour savoir si les signes ont bien été interprétés, et il
 répond par oui ou par non ou par un nouveau signe. La
 doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour interdire

(1) Guy Coquille, « Questions et réponses », n° 293.

(2) Charondas, 1^o c^o ; — Ricard, III, n° 53 ; — Ferrière, sur
 l'art. 289, glose 5, n° 3.

(3) Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 4.

(4) Ricard, III, 55 ; — Ferrière, sous l'art. 289, glose 5, n° 5.

sonne publique pourrait faire écrire le testament en sa une telle façon de tester (Grand'Chambre, Paris, 27 octobre 1595) (1).

Il résulte de là qu'un muet ou un moribond qui n'a plus l'usage de la parole ne peut plus faire usage de la forme solennelle.

L'art. 289 exige la dictée par le testateur à la personne publique. Le notaire doit-il écrire lui-même sous la dictée ? Nous avons vu plus haut que cette obligation n'était plus indispensable pour les actes notariés ordinaires depuis 1437 et 1539. Il fut jugé, par un arrêt du Parlement de Paris, du 11 août 1631, qu'un testament écrit par un clerc du notaire en présence de son patron, signé, relu et corrigé de ce dernier, était valable (2) ; c'est aussi l'avis de Louët, qui a l'esprit large en matière de formes testamentaires (3), mais, naturellement, la présence du notaire est indispensable pendant que son clerc écrit. Duplessis conclut dans le même sens : la coutume ne traitant pas directement la question, il se base sur une raison un peu terre à terre : le mot « dicté aux notaires », dit-il « n'empêche pas qu'en recevant la dictée, ils ne la fassent écrire en même temps par un autre, et de fait, si le mot dicté emportait nécessité qu'ils écrivissent, il faudrait donc qu'ils écrivissent un même testament tous les deux en même temps, ce qui ne se peut, ou que l'acte fut fait double, ce qui ne se pratique pas » (4) ; selon Duplessis, la per-

(1) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 4 ; — Bourjon, III, 9, 2, 2, n° 47.

(2) « Journal des audiences, t. I, liv. II, chap. 99 ; — Louet, lettre R, sommaire 52, n° 18 ; — Duplessis, XIV, 3, 2, 3, 2.

(3) Louet, lettre R, sommaire 52, n° 6 à 9.

(4) Il est exact que le mot dicté dans l'art. 289 désigne plutôt le fait d'entendre préférer les dispositions plutôt que celui de les écrire : il y est dit que l'acte doit être dicté et nommé au notaire et aux témoins : ces derniers n'écrivent pas.

présence par n'importe qui ; mais la question ne se pose jamais en fait que pour le clerk de notaire. La presque totalité des auteurs, avant 1735, était du même avis que lui (1) D'Aguesseau reformera cette manière d'agir.

La personne publique doit écrire l'acte sans rien y changer pour ne pas dénaturer la pensée du testateur ; aucune abréviation, ni aucun chiffre ne sont autorisés. Toutefois, la minute du notaire contient souvent des abréviations d'usage que l'on développe dans la grosse ; cette habitude est tolérée par un arrêt du Grand Conseil, du 3 janvier 1550 (2). Si le nombre des objets légués ou la somme d'un legs était inscrit en chiffres, il y aurait nullité d'après un arrêt du 19 janvier 1585 (3) ; Duplessis critique cet arrêt et, en tous cas, veut limiter la nullité au legs en question ; d'autres auteurs l'étendent, au contraire, à tout le testament. Un arrêt de Règlement du Parlement de Paris, du 4 septembre 1685 vint rappeler aux notaires et aux curés qu'ils ne devaient employer aucune abréviation, et leur ordonna d'écrire les sommes, dates et noms en toutes lettres, mais il ne parle pas de sanctions (4).

Le notaire peut faire des renvois ou des ratures en écrivant, mais il doit les faire approuver sur la minute : la signature du notaire ne suffit pas, car rien ne prouve qu'il ne l'a pas ajoutée après coup, il faut aussi celle du testateur et des témoins (Paris, 2 mai 1604) (5) ; si l'approbation est

(1) Lamoignon, « Arrêtés », tit. 47, art. 57 ; — Voyez une énumération des auteurs dans Merlin, 1^o c^o, p. 335 ; — Bourjon qui écrit après 1735 traitant de l'historique de la question penche pour l'avis contraire (III, 9, 2, 2, 11).

(2) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1.

(3) Charondas, « Pandectes », 1^o c^o ; — Duplessis, XIV, 3, 2, 3, 2 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n^o 31.

(4) Denisart, « Décisions ». V^o Testament, n^o 42.

(5) Charondas, « Réponses », liv. V, rép. 49 ; — Ricard, I, n^o 1569 ; — Duplessis, 1^o c.

insérée dans le corps de l'acte même, les signatures finales suffisent.

En général, la jurisprudence permettait d'approuver toutes les ratures à la fois à la fin de l'acte ; un arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris, du 13 mars 1703, appointa la question, mais l'avocat général avait conclu au maintien des dispositions (1) ; un autre arrêt du 27 juin 1760 se prononça en faveur de la validité ; pourtant, dans le cas pendant, le nombre des ratures approuvées n'était pas indiqué, ce qui pouvait paraître excessif (2).

Le défaut d'approbation des ratures et des interlignes provoque la nullité non seulement de la rectification, mais de l'acte entier, car le testament doit être un tout parfait, et la volonté du testateur doit être bien arrêtée et certaine ; Ricard (3) compare un testament ainsi incomplet au testament romain dont les cachets étaient brisés. Naturellement, l'acte resterait intégralement valable, si la correction inachevée était l'œuvre d'un tiers et avait été faite sur la minute postérieurement à sa rédaction (4).

Toutefois, par exception, si la rectification défectueuse n'intéresse pas la substance de la disposition, l'acte reste debout (Paris, 11 juillet 1716) (5) ; ainsi, le Parlement de Paris valida, le 15 janvier 1686, un testament où le notaire avait écrit « fait et passé ès études en la maison de la dite testatrice » et rayé les mots « ès études » sans approuver la rature (6). Au XVIII^e siècle, Bourjon et Pothier font de ce cas exceptionnel, la règle et renversent le système ; la cor-

(1) « Journal des audiences », t. V, liv. III, chap. 11.

(2) Denisart, « Décisions », V^o Testament, n^o 41.

(3) Ricard, I, n^o 1569.

(4) Ricard, I, n^o 1574.

(5) « Journal des Audiences », t. VI, liv. VII, chap. 53.

(6) Louet, lettre T, sommaire 10, n^o 18 ;—« Journal des audie. ces » t. IV, liv. I, chap. 2.

rection imparfaite doit seule être annulée et, sauf dans des circonstances extraordinaires, le reste de l'acte doit subsister (1) ; le Code civil adoptera leur opinion.

Les renvois peuvent être placés sans aucun ordre pourvu que l'on distingue à quelle disposition ils se rattachent ; faute de quoi, ils seraient nuls et provoqueraient la nullité générale.

L'approbation des corrections n'est évidemment obligatoire que sur l'acte écrit par le notaire sous la dictée, c'est-à-dire sur la minute et le brevet et non sur la grosse ou les expéditions ; d'ailleurs, la minute importe seule au point de vue de la validité, car il serait inadmissible que le notaire pût de lui-même détruire ou valider un testament qui a été une fois parfait ou nul : c'est au texte original que l'on doit toujours se reporter en cas de contestation (2).

La personne publique écrit l'acte tel qu'il lui est dicté. Ce peut être en une langue étrangère quelconque ou en patois ; peu importe que le notaire comprenne, mais il faut que le testateur connaisse la langue en question (3). Bourjon fait exception et exige que le notaire l'entende également (4). Les notaires doivent mentionner que le testateur a voulu faire usage de la langue adoptée (5). L'ordonnance de Villers-Cotterets, de 1539, confirmée par un édit de janvier 1564, ordonna à ces officiers publics d'écrire leurs actes et notamment les testaments en français ; mais on prétendit que cette décision ne pouvait s'appliquer qu'aux actes rédigés par le notaire lui-même et

(1) Bourjon, 3, 9, 2, 2, 43 ; — Pothier, « *Traité des donations* », I, 3, 1.

(2) Ricard, I, n° 1573 ; — Duplessis, I^{er} c° ; — Pothier, « *Introduction...* », art. 1^{er}, n° 14.

(3) Ricard, I, n° 1568 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 27.

(4) Bourjon, 3, 9, 2, 2, 40.

(5) Denisart, « *Décisions* » ; V° Testament, n° 163.

non à ceux qu'il écrivait fidèlement sous la dictée ; en réalité, l'ordonnance resta lettre morte.

B) *Lecture de l'acte.*

Le testament écrit sous la dictée doit être relu par la personne publique au testateur ; Dumoulin exige cette solennité au milieu du xvi^e siècle, et l'art. 289 de la coutume de Paris en 1580 également.

Le testateur a ainsi une idée d'ensemble de ses dispositions, qui lui permet de voir s'il ne s'est pas trompé en dictant ou si le notaire, en écrivant, n'a pas commis d'erreur. Cette formalité est fort utile et doit être suivie à la lettre (1). Lamoignon et Auzanet (2) qui, dans leurs projets d'arrêtés, avaient supprimé la dictée continuent à imposer la lecture. Selon Duplessis, le testament ne doit pas être relu par le testateur qui pourrait y procéder d'une façon défectueuse, l'écriture n'étant pas de lui ; mais il n'a pas besoin d'être relu par le notaire lui-même, la coutume ne l'exigeant pas ; il peut l'être par n'importe qui, pourvu que le notaire, le testateur et les témoins soient présents ; en tout cas, le nom de la personne qui relit doit toujours être indiqué dans l'acte (3).

Le testateur doit pouvoir entendre la lecture ; il ne doit, par conséquent, pas avoir perdu connaissance (4). En cas de surdité, on admettait d'ordinaire que contrairement à l'opinion de Duplessis, il pouvait relire en personne.

(1) Ricard, I, n^o 1496.

(2) Lamoignon, « Arrêtés », tit. 47, art. 57 ; — Auzanet, « Arrêtés titre des testaments », art. 57.

(3) Duplessis, XIV, 3, 2, 3, 2 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose n^o 9.

(4) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1.

C) *Mention de la dictée et de la signature. — Autres mentions.*

« Et qu'il soit fait mention au dit testament qu'il a été « ainsi dicté, nommé et relu », dit la coutume de Paris (art. 289).

Nous allons nous occuper, par conséquent, d'aborder la mention de la dictée, puis de celle de la lecture. Nous verrons ensuite s'il y a lieu de mentionner les autres formalités.

a) *Mention que le testament a été dicté et nommé.* — Cette mention est nécessaire dans l'acte à peine de nullité ; on a beau avoir une preuve évidente que le testament a été dicté, l'acte est inutile si la mention n'y figure pas (Paris, 31 mai 1566, 31 janvier 1579, 11 février 1584) (1) ; une pareille formalité fut exigée au début dans le but de forcer le disposant à dicter ses volontés et d'éviter ainsi les suggestions du testament par interrogat ; mais au XVII^e siècle, elle est devenue un moyen avéré de protéger les héritiers du sang en leur fournissant un moyen d'annulation contre un acte qui les lésait (2). Et l'on devint le plus strict possible pour son accomplissement.

Aucune équipollence n'est admise dans les termes, sauf si des mots absolument identiques et ayant autant d'énergie et de signification figurent en place (3).

Un arrêt du 16 février 1617 cassa un testament où il était mentionné que les dispositions avaient été « proférées » de la bouche du testateur et rédigées par écrit par le no-

(1) Ricard, I, n° 1516 ; — Charondas, « Résolutions de plusieurs notables célèbres et illustres questions », 4^e partie, tit. I ; — Charondas, « Mémorables observations ». V^o Testament ; — Louet, lettre T, sommaire 12, n° 1 ; — Dumoulin, sur l'art. 68 de la coutume de Sens.

(2) Ferrière, sur l'art. 289, préliminaires.

(3) Duplessis, XIV, 3, 2, 3, 2 ; — Ricard, I, n° 1502.

« taire » au lieu de « dictées et nommées » ; car, proférer et écrire, n'équivalaient pas absolument à dicter, l'acte ayant pu être écrit postérieurement aux paroles du disposant (Cf. arrêts du 14 août 1629, 24 juillet 1642, 4 mai 1650 et 29 janvier 1652 dans ce sens) (1). Le notaire n'est pas garant de sa nullité, car rien ne prouve qu'il ait été fait une dictée réelle.

De même, un arrêt du 25 juin 1714, annula un testament « nommé, dit et ordonné » par le testateur (2).

Par contre, un testament dans lequel un notaire avait simplement noté que les libéralités avaient été dictées sans ajouter « et nommées » fut validé par arrêt du 30 décembre 1604, parce que le mot dicté impliquait que l'acte avait été nommé, personne ne pouvant dicter sans nommer (3). D'ailleurs, Duplessis dans les dernières éditions de son commentaire de la coutume de Paris, critique cet arrêt et exige à la fois les mots « dicté et nommé » : dicté se référant au notaire, et nommé aux témoins, ces deux mots seraient nécessaires pour expliquer complètement les fonctions de chacun d'entre eux (4).

L'équipollence, dans les formes, est admise en cas de similitude absolue ; il n'y a aucun terme sacramentel, mais il faut une phrase absolument identique. Un arrêt du 28 août 1762, validant un testament « fait devant les notaires comme il s'en suit » quoique cette expression n'implique

(1) Louet, lettre R, sommaire 52, n° 18 ; — Ricard, I, n° 1505 ; — Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 ; — Ferrière, sur l'art. 289, préliminaires et glose 5, n° 12 ; — Duplessis, 1° c°

(2) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 84 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. IV chap. 127.

(3) Ricard, I, n° 1503 ; — Auzanet, « Recueil d'arrêts », liv. II, chap. 47 ; — Ferrière, sur l'art. 289, préliminaires et glose 5, n° 11.

(4) Duplessis, 1° c° : il était d'avis contraire dans ses premiers manuscrits.

pas la dictée, doit être considéré comme une décision d'espèce (1).

Beaucoup d'auteurs exigeaient que la mention « dicté et nommé » figurât à la fin, car on ne peut mentionner que l'acte a été dicté qu'une fois qu'il est fait ; toute disposition ajoutée postérieurement doit être nulle, car il n'est pas spécifié qu'elle a été prononcée par le disposant, et le testament étant imparfait, doit tomber en entier comme nous l'avons vu plus haut pour les corrections non approuvées.

Mais Ricard, suivi par Ferrière, admet que la mention de la dictée peut figurer au début comme à la fin de l'écrit, car le testament ne composant qu'un tout, acquiert la perfection en une seule fois, et chacune de ses clauses, en quelque endroit qu'elle soit placée, se rapporte à tout l'acte qui n'est terminé que lors des signatures ; il suffit donc que cette solennité soit gardée avant que de signer ; la coutume ne lui a pas assumé de place, il n'y a pas de motifs pour être plus strict qu'elle ; nous verrons plus loin que l'on doit insérer dans l'acte la mention que le testateur signe au bas, cette insertion a bien lieu avant que la signature soit apposée, il n'y a aucune raison de ne pas faire de même ici ; et Ricard cite trois arrêts de la Grand'Chambre du Parlement de Paris en sa faveur, à savoir, l'un du 19 mai 1649 (2) (il est vrai qu'il s'agit d'un testament au profit des enfants du disposant), un autre du 11 août 1650 et un troisième du 29 mai 1655 ; on peut y ajouter un arrêt de la 2^e Chambre des enquêtes, du 8 février 1653 (3).

En tout cas, la dictée doit être mentionnée avant la si-

(1) Denisart, 1^o c^o.

(2) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 614 ; — Sœfve, t. I, centurie 3, chap. 15.

(3) Ricard, I, n^{os} 1519 et 1520 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5 n^o 25.

gnature et même avant la date ; car la signature et la date clôturent forcément tout testament, sinon le notaire aurait pu, en cas d'oubli, les ajouter après coup à la fin et eut réussi à valider un testament nul à son origine, ce qui est contraire aux principes juridiques les plus élémentaires ; aussi un arrêt du 12 avril 1649 (1), annula-t-il un testament où la date figurait avant cette mention ; si la transposition des mots dans un testament ne le rend pas nul en général, ici il ne s'agit plus de transposition à proprement parler, mais de savoir si une formalité exigée par la loi a été exécutée lors de la rédaction de l'acte ou non.

Lamoignon, considérant que la mention de la dictée, née d'une bonne intention, était devenue un piège pour les testateurs de bonne foi et ne servait nullement à éviter les testaments faux ou suggérés — les faussaires connaissant toujours les règles du droit et les appliquant scrupuleusement (2) — déclare dans l'art. 59, titre 50 de ses arrêtés : « Demeureront abrogées les formules de dicté et nommé » (3)...

b) *Il faut mentionner que le testament a été relu.* — Dumoulin requiert déjà cette solennité dans ses notes sur les coutumes de France et, à son défaut, ajoute-t-il, on ne peut prouver par témoins que l'acte a bien été relu « quia « consuetudino requirit hanc probationem ex ipsomet testamento et hic non sufficit haberi aliunde, tum propter « falsa vitanda et testium facilitatem ; et ita Parisiis judicatum per arrestum » (4). Charondas cite dans le même sens un arrêt de la Chambre de l'édit du Parlement, du 16

(1) Sœfve, t. I, centurie III, chap. I ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 25.

(2) Cf. Auzanet, « Mémoires et réflexions », p. 89 et suiv.

(3) Idem. Auzanet, « Arrêtés », art. 60 du titre des testaments.

(4) Dumoulin, sur l'art. 69 de la coutume de Sens.

février 1604 (voyez aussi 11 février 1584 et 31 mai 1566) (1).

La jurisprudence se montre ici encore très stricte et n'accepte aucune phrase qui ne soit pas absolument équivalente à celle exigée par la coutume.

D'ordinaire, la personne publique note que l'acte a été « lu et relu », c'était l'expression traditionnelle ; toutefois, le mot « relu » au testateur ou même le mot « lu » suffirait à lui seul car il est aussi précis.

Pour la place de la mention de la lecture dans le corps de l'acte, nous retrouvons les mêmes théories que pour la mention de la dictée. De nombreux auteurs veulent qu'elle figure à la fin de l'acte et même après la mention de la dictée, car disent-ils, on ne peut relire un acte qui n'est pas terminé, ou alors on en arrive à faire de ces mentions des clauses de style purement formalistes ; l'acte ne peut être relu en entier qu'une fois qu'il a été dicté en entier (20 juillet 1731, 17 juillet 1753, 30 avril 1785 ; deux arrêts de cassation, 11 thermidor an XIII et 30 avril 1812, pour des dispositions antérieures à la confection du Code civil) (2) ; Ricard et Ferrière, au contraire, ne se préoccupent pas de l'endroit où cette mention est placée, du moment qu'elle se trouve dans le corps de l'acte. En tout cas, elle doit toujours être mise avant la date et les signatures (arrêt du 12 avril 1649 précité) (3).

Tout en restant partisans de l'obligation de relire l'acte terminé au disposant, Lamoignon et Auzanet suppriment également cette mention dans leurs projets d'arrêtés (4).

(1) Charondas, « Réponses », liv. XIII, rép. 40 ; — Charondas, « Mémoires observations », V^e Testament ; — Louet, lettre T, sommaire 12, n^o 1 ; — Ricard, I, n^o 1516.

(2) Merlin, I^{er} c^o, p. 360 et suiv.

(3) Sœfve, t. I, centurie 3, chap. 1 ; — « Journal des audiences », t. I, liv. V, chap. 39.

(4) Lamoignon, art. 59, tit. 50 ; — Auzanet, art. 60, titre des testaments.

c) *L'on doit mentionner que le testament a été fait sans suggestion.* — La coutume de Paris n'exige pas d'autres mentions que les deux que nous venons d'étudier. Beaucoup de coutumes réclamaient de plus que le notaire indiquât que l'acte avait été fait « sans suggestion. » Cette formalité n'eut jamais aucune utilité pratique et n'empêcha jamais aucun testament d'être suggéré ; néanmoins, la jurisprudence se montra très sévère et annula tout acte où elle devait figurer et où elle était omise (Chambre de l'édit 27 février 1641, 27 février 1653, Grand'Chambre 29 janvier 1654 ; un arrêt du 5 janvier 1655 confirma un testament analogue, mais que les héritiers avaient commencé à exécuter) (1) ; c'était une des nombreuses manières de favoriser les héritiers du sang lorsque faire se pouvait ; une disposition émise « sans induction d'aucune personne », d'après ce système, n'était pas forcément émise « sans suggestion » (14 août 1629, 24 juillet 1642) (2) ; de même, un testament fait « sans persuasion et séduction », fut annulé (4 mai 1650 et 14 août 1629) (3).

Lorsqu'une coutume exigeait que les testaments soient « dictés et nommés sans suggestion et relus, et que mention figurât comme ils ont été dictés, nommés et relus », il fallait mentionner dans l'acte l'absence de toute suggestion selon Ricard, car, dit-il, la coutume n'a pas voulu seulement défendre les dispositions suggérées, c'eût été

(1) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, n° 482 — Sœfve, t. I, centurie 1, chap. 33 ; t. I, centurie IV, chap. 49 ; t. I centurie 4, chap. 79 ; — « Journal des audiences », t. I, liv. VII chap. 29 ; — Ricard, I, n° 1506 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5 n° 13.

(2) Ferrière, 1° c° ; — « Journal des audiences », t. I, liv. III, ch. 4 — Sœfve, t. I, centurie 1, chap. 55 ; — Ricard, 1° c°

(3) Sœfve, t. I, centurie 3, chap. 32 ; — Ferrière, 1° c° ; — Ricard, I, n° 1507 et 1508 ; — Lelet, sur l'art. 268 de la coutume de Poitou.

exprimer une vérité évidente et parler pour ne rien dire, elle a voulu qu'on en *notât* l'inexistence ; et peu importe qu'un usage contraire eut fait oublier le texte même de la loi.

La jurisprudence se prononça en ce sens dans un arrêt de la Grand'Chambre du Parlement de Paris du 27 juin 1625 pour la coutume d'Amiens, et dans un arrêt de la Chambre de l'édit du 27 février 1641 pour la coutume de Reims (1) ; il fallut une déclaration royale, en juillet 1627, pour valider tous les testaments déjà faits à Amiens, et qui se trouvaient annulés par suite de la jurisprudence consacrée en 1625 ; mais plus tard, le 1^{er} décembre 1653 (2), un arrêt appointant la question fut rendu sur le même sujet et, le 21 décembre 1654 (3), la Grand'Chambre du Parlement de Paris, se déjugant, valida un acte passé à Reims dans les mêmes conditions que celui annulé en 1641 ; Ferrière nous dit que cette dernière opinion l'emporta, et cite, notamment, un arrêt du 17 mars 1685.

Lamoignon et Auzanet sont partisans de l'abrogation de toute mention de ce genre (4). D'Aguesseau partagera, en 1735, leur manière de voir.

d) *Autres mentions.* — Souvent la personne publique témoigne dans l'acte que le testateur était sain d'esprit. Cette clause était même devenue de style dans maintes régions ; or, ce n'est pas aux notaires, mais aux médecins qu'il appartient de juger l'état de santé du disposant ; cette

(1) Ricard I, nos 1509 et 1510 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 15.

(2) Ricard I, n° 1510.

(3) Ricard, 1^o c° : — « Journal des audiences », t I, liv. VIII, ch. 3 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 15.

(4) Lamoignon, « Arrêtés », tit. 50, art. 59 ; — Auzanet, « Arrêtés », titre des testaments, art. 60.

déclaration ne pouvant qu'obscurcir et déguiser la vérité ne sert d'aucune preuve (1) ; les héritiers ab intestat, s'ils veulent prétendre le contraire, n'ont pas besoin d'attaquer l'acte par voie d'inscription de faux (Paris, 8 janvier 1658 ; Cf. Grenoble, 29 janvier 1665) (2) ; Auzanet le dit expressément dans ses projets d'arrêtés (titre des testaments, N° 5) pour éviter l'ombre d'un doute. La preuve de la démence étant un fait matériel et non un acte juridique, peut se prouver par témoins, nonobstant l'ordonnance de Moulins (3).

Les solennités du testament authentique, qui n'ont pas besoin d'être mentionnées à peine de nullité dans l'acte, ne peuvent pas plus que les autres être prouvées par témoins ; sans doute, il est inutile de faire figurer en toutes lettres, dans l'écrit, qu'elles ont été accomplies, mais on doit pouvoir en fournir la preuve au moyen de l'acte lui-même ou d'un autre écrit (Paris, 23 juin 1571, 1583, 1584, 6 juin 1594, Toulouse, 4 décembre 1571 et 23 décembre 1578) (4).

§ III. — Présence des témoins ou du notaire en second.

La coutume exige que le testament soit dicté et nommé par le testateur à la personne publique et aux témoins.

La présence des témoins, comme celle du ou des notaires, est donc nécessaire à peine de nullité pendant toute la con-

(1) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; — Comparez Duplessis, XIV, 3, 2, 1.

(2) « Journal des audiences » t. VII, Supplément, liv. I, chap. 771 ; — Sœfve, t. II, centurie 1, chap. 77 ; — Louet, lettre T, sommaire 12, n° 7.

(3) Duplessis, 14, 3, 2, 1.

(4) Sœfve, t. II, centurie 3, chap. 60 ; — Ricard, I, n° 1517 ; — Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1.

fection de l'acte : un testament qui n'a pas été dicté devant eux ne peut être ni rectifié, ni confirmé, il faut le refaire en entier (Paris, Grand'Chambre, 31 janvier 1645) (1). Le testament est imparfait même si les témoins sont arrivés pendant la dictée et ont assisté à une partie (Paris, 7 août 1759) (2).

A suivre à la lettre l'art. 289 de la coutume de Paris, la personne publique devrait mentionner que la dictée et la lecture de l'acte ont été faites en présence des témoins : la coutume, en effet, ordonne de procéder à toute la cérémonie avec leur assistance, et ajoute que mention sera faite qu'il a été *ainsi* dicté, nommé et relu. Toutefois, les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour admettre que l'indication générale de la présence des témoins à la rédaction de l'acte suffit ; un testament où il est dit que le testateur, devant le notaire et les témoins, a déclaré « vouloir dicter et nommer son testament comme en effet il l'a dicté et nommé », sans répéter à cet endroit « en présence « du notaire et des témoins », est accepté comme valable par Michel du Chemin au *Journal des Audiences* (3) ; il suffit de dire, en terminant, que l'acte a été « fait et passé en présence du notaire et des témoins », d'après un arrêt du 16 janvier 1646 (4), il est inutile de spécifier que la dictée et la lecture se sont opérées devant eux, quoique cette répétition eût été plus régulière (arrêt du 22 décembre 1654) (5).

(1) Ricard, I, nos 1514, 1515 et 1604.

(2) Denisart, « Décisions », V^o Testament, n^o 73.

(3) « Journal des audiences », T. VI, liv. VII, chap. 5.

(4) Sœfve, t. I, centurie 1, chap. 86 ; — « Journal des audiences », 1^o c^o et t. I, liv. IV, chap. 30 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose V, n^o 29 ; — Cf. Cass., 13 juillet 1808 pour un testament fait en 1779, dans Merlin, « Répertoire », t. XVII, V^o Témoin instrumentaire.

(5) « Journal des audiences », t. I, liv. VIII, chap. 3.

Mais la simple signature des témoins à la fin ne suffirait pas, et si leur présence n'est pas mentionnée dans le corps de l'acte, il y aurait nullité ; sinon les témoins pourraient signer après coup sans avoir été présents ou n'avoir été présents qu'à la dictée et non à la lecture et vice-versa ; il en est de même pour le notaire en second : sa simple signature est insuffisante, comme d'ailleurs les mots « devant les notaires soussignés » que l'on avait l'habitude de placer en tête des grosses des testaments, mais qui ne figuraient que rarement dans les minutes et qui, même s'ils y figuraient, n'étaient pas assez significatifs.

Les noms de tous les témoins ou celui du notaire en second, doivent être indiqués un par un, sans quoi l'un d'eux pourrait n'avoir pas assisté à l'acte. La seule atténuation permise est de mentionner leur présence à toutes les formalités en une seule fois, sans être obligé de la répéter après chacune d'elles (Paris, 12 avril 1649) (1).

L'ordonnance de Blois, rendue par Henry III, en 1579, oblige (art. 167) la personne publique à déclarer dans sa minute la qualité, la demeure et la paroisse des témoins (2) ; mais elle n'énonce pas la peine de nullité comme sanction (3) et la nullité ne se présume pas.

Cette ordonnance fut interprétée d'une manière large : il suffit que les témoins soient assez désignés pour qu'on puisse les reconnaître ; l'omission de leur qualité n'est pas une cause d'annulation s'ils sont assez individualisés par ailleurs : un arrêt du 31 août 1722 valide un testament où la seule qualité des témoins annoncée était celle de « principaux habitants du village » (4).

(1) Duplessis, XIV, 3, 2, 3, 2 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 9.

(2) Charondas, « Pandectes », liv. 3, chap. 1 ; Commentaire sur la coutume de Paris.

(3) Ricard, I, n° 1535 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 14.

(4) Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 3, § 1.

La preuve que les témoins n'ont pas été présents à la confection de l'acte n'est pas recevable contre l'énoncé contraire du testament (arrêt du 16 janvier 1664) (1) ; il faut s'inscrire en faux.

Outre le notaire et les témoins, le légataire peut assister à la rédaction des dispositions sans que le testament soit pour cela annulé *ipso facto* pour suggestion (arrêt de la Grand'Chambre, du 1^{er} août 1650) (2) ; cette présence pourrait seulement venir à l'appui de faits plus précis de fraudes.

§ IV. — Indication du lieu, de la date, de la qualité du testateur, etc...

a) *Date*. — Les coutumes sont muettes relativement à la date.

Certains Parlements de province en conclurent qu'elle n'était pas nécessaire (3) ; mais le Parlement de Paris jugea toujours, à bon droit, en sens contraire.

L'art. 167 de l'ordonnance de Blois oblige le notaire à indiquer le temps de devant ou après midi, d'où il s'ensuit que la date du jour, mois et an doit être apposée (4). L'omission de la date provoque la nullité (Paris, Grand'Chambre, 31 juillet 1713 (5) ; sans doute, l'ordonnance de Blois est muette et les nullités ne se présument pas, mais la date est essentielle dans tout acte authentique, et à plus forte raison, dans les testaments où il est de première né-

(1) « Journal des audiences », t. II, liv. 6, chap. 4 ; — Louet, lettre T, sommaire 12, n° 5 ; — Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 76.

(2) Ricard, III, n° 54 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 22.

(3) Voyez Merlin, « Répertoire », t. 17, V° Testament, p. 296 et suiv. et la liste d'arrêts qu'il cite.

(4) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; Commentaire sur la coutume de Paris ; — Choppin, liv. II, tit. IV, 3.

(5) « Journal des audiences », t. VI, liv. III, chap. 30.

cessité de savoir si les témoins et le disposant étaient capables et quel est, en cas de pluralité d'écrits, le testament valable ; or, l'oubli d'une qualité essentielle, dans un acte, doit provoquer son annulation (1).

Quoique l'ordonnance de Blois ne parle que de l'heure avant ou après-midi, le testament solennel peut être fait la nuit (2).

La date doit figurer à la fin ; elle clôture l'acte, de sorte que tout ce qui se trouve placé après elle, est en dehors et considéré comme inexistant (Paris, 1^{er} décembre 1584, 12 avril 1649 ; comparez 19 mai 1649 (3) ; en sens contraire, 29 août 1746 et 11 février 1760) (4) ; si cette disposition inexistante se trouve être essentielle, sa nullité provoquera la chute de tout le testament. Même les mentions des signatures ou du défaut de signature doivent figurer avant la date (12 avril 1649 précité) (5).

b) *Le lieu*. — L'ordonnance d'Orléans, de 1560, réclame l'indication du lieu dans tout acte notarié. L'art. 167 de l'ordonnance de Blois répète cette prescription et exige que l'on indique la maison et la paroisse où l'acte a été passé. Cette indication est requise à peine de nullité (arrêts du 22 avril 1580 et de la Grand'Chambre, du 31 juillet 1713) (6). En général on se contentait du nom de la pa-

(1) Ricard, I, n^{os} 1535 à 1556 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n^{os} 20 à 22 ; — Laurière, sur l'art. 289 ; — Pothier, « Introduction... », art. 1^{er}, n^o 14.

(2) Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n^o 25 ; — Ricard, I, n^o 1566.

(3) Charondas, « Réponses », liv. VII, rép. 169 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 614 ; — Sœlve, t. I, centurie 3, chap. 1 et 15.

(4) Merlin, l^o c^o, p. 296.

(5) Bourjon, III, 9, 2, 2, n^o 13.

(6) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; Commentaire sur la coutume de Paris ; « Code du roi Henry III », liv. VI, tit. 5, noter ; — Ricard, I, n^{os} 1563 et 1565 ; — Ferrière, sur l'art. 286,

roisse, sans réclamer celui de la rue (1) ; car cette mention avait pour principal but de permettre de déterminer la compétence de l'officier public et la coutume à suivre pour les formes de l'acte (2) ; c'est ainsi que Du Chemin (3) admet, pour un testament reçu par un curé, que le défaut d'indication du lieu n'est pas une cause de nullité quand il y est dit que le curé s'est transporté dans la maison du testateur et qu'il est certain que le testateur demeurait dans la paroisse de ce curé.

La loi de ventôse an II exige le lieu et la date dans tous les actes notariés.

c) *Qualité du testateur.* — D'après l'art. 167 de l'ordonnance de Blois, le notaire doit également faire figurer la qualité, la demeure et la paroisse du disposant ; mais Choppin nous informe que les tribunaux n'étaient pas exigeants à cet égard (4) ; l'ordonnance ne parlait pas de sanctions, et à condition que le testateur soit individualisé, nous n'avons pas d'exemple de dispositions annulées pour ce motif.

§ V. — Signatures.

L'art. 289 exige « que le testament soit signé par le testateur et par les témoins ou que mention soit faite de la cause pour laquelle ils n'ont pas signé. »

glose 6, n° 24 ; — Pothier, « Introduction », chap. 1^{er}, n° 14 ; — « Journal des audiences », t. VI, liv. 3, chap. 30.

(1) Choppin, II, 4, 3.

(2) Ricard, I, n° 1563 ; — Duplessis, 14, 3, 2, 3, 1 ; — Bourjon, 3, 9, 2, 2, 16.

(3) « Journal des audiences », t. VI, liv. VII, chap. 5.

(4) Charondas, « Pandectes », 1^o c° ; Commentaire sur la coutume de Paris ; — Choppin, 1^o c° ; — « Journal des audiences », 1^o c° ; — Ricard, I, n° 1535 ; — Ferrière, sur l'art. 289 glose 6, n° 14.

La personne publique doit également mettre sa griffe ; même jusqu'au xvi^e siècle, elle signait seule et on avait confiance en elle (1). La signature des parties et des témoins ne fut requise qu'au cours du xvi^e siècle ; l'ordonnance de Fontainebleau, de 1554, ordonne que les parties signent dans tous les actes notariés, mais ne fut pas exécutée. Ce sont les ordonnances d'Orléans, de 1560, et de Blois, de 1579, qui obligèrent les parties et les témoins à signer les testaments à peine de nullité.

a) *Signature de la personne publique.* — Aucune coutume ni ordonnance ne la réclame ; néanmoins, elle existe de temps immémorial et ne souffre jamais d'excuse (2). Un arrêt de la Grand'Chambre, du 18 mars 1624, lu au Châtelet de Paris, ordonne même que le notaire signe immédiatement après les témoins, sans divertir et à peine de nullité (3) ; si le testateur meurt avant la signature de la personne publique, l'acte est nul, car il lui manque une formalité essentielle (4).

b) *Signature du testateur.* — L'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans déclare : « Seront tenus les notaires faire signer
« aux parties et aux témoins instrumentaires, s'ils savent
« signer, tous actes et contrats qu'ils recevront, dont ils
« feront expresse mention, à peine de nullité des dits con-
« trats et acte et d'amende arbitraire. Et au cas que les
« parties ou témoins ne sauront signer, les notaires ou

(1) Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 2.

(2) Duplessis, 14, 3, 2, 3, 3.

(3) « Journal des audiences », t. VII, Suppl., livre I, chap. 20 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 17 (l'arrêt de 1624 valide d'ailleurs par exception [un testament non signé du notaire mais il n'en est pas moins significatif]).

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 19.

« tabellions feront mention de la réquisition par eux faite
« aux parties et témoins de signer, et de leur réponse,
« qu'ils ne savent signer » (1).

Cet article parlant de « tous actes et contrats », certains auteurs prétendirent que les testaments n'étaient pas compris dans cette nomenclature ; mais plusieurs arrêts du Parlement de Paris, de 1570 (2), qui déclarèrent nuls des testaments non signés du disposant se chargèrent de régler la question ; de même, la jurisprudence, par arrêts du 15 mai 1570, 22 décembre 1571 (3) et 6 novembre 1576 (4), assimila le testament reçu par le curé à celui reçu par le notaire.

L'édit de Blois confirma cette jurisprudence : d'après l'art. 165, « tous notaires ou tabellions, tant royaux
« qu'autres, soit en pays coutumier ou de droit écrit, seront tenus faire signer tous contrats et actes, soit testaments ou autres qu'ils recevront, dont ils feront mention
« tant en la minute que grosse qu'ils en délivreront, à
« peine de nullité des dits contrats, testaments ou actes et
« d'amende arbitraire. Et en cas que les parties ou témoins
« ne sauront signer, lesdits notaires et tabellions feront
« mention de la réquisition par eux faite aux dites parties
« et témoins de signer et de leur réponse. »

Et l'art. 63 ajoute : « pourront, les curés et vicaires, recevoir les testaments et dispositions de dernière volonté,
« à la charge de faire signer le testateur et les témoins, ou

(1) Voyez « Code du roi Henri III », liv. 6, tit. V, 1 et 2 ; — Loysel, « Institutes », livre II, tit. 4, n° 301 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 2 et 4. A Paris, le roi dispensa le 11 octobre 1561 les notaires de faire signer les parties ; cette dispense fut abrogée par l'ordonnance de Blois.

(2) Charondas, « Réponses », liv. III, rép. 49.

(3) Charondas, 1^o c°.

(4) Ricard, I, n° 1524.

« de faire mention de l'interpellation qu'ils auront faite
« aux dits testateurs et témoins pour signer, et de la cause
« pour laquelle ils ne l'auront su faire suivant nos ordon-
« nances... »

Donc, de deux choses l'une : le signataire peut ou ne peut pas signer.

Le testateur signe. L'art. 211 de l'ordonnance de 1624 oblige les gentilshommes et les novices à signer, à peine de nullité, de leur nom de famille au lieu de celui de leurs terres ou de religion. Lorsque le disposant appose sa signature, la rigueur du droit requérait (art. 165 de l'édit de Blois) que le notaire mentionnât dans l'acte que la partie avait signé au bas : sans quoi la griffe aurait pu être apposée après coup et un testament nul se serait trouvé validé ; mais la jurisprudence se montra conciliante au ^{xvii}e siècle, et valida les actes où cette mention ne figurait pas (arrêt du 7 mars 1652) (1) ; Ricard et Ferrière approuvent cette mansuétude (2) et les notaires prirent l'habitude de ne pas faire figurer l'indication en question ; un arrêt du Parlement de Paris, du 9 mars 1730 (3) rendu en forme d'arrêt de Règlement reconnut que l'on s'était écarté des textes et annula des dispositions où les signatures n'étaient pas annoncées dans le corps de l'acte ; il fut suivi par un arrêt du Parlement de Dijon, du 1^{er} avril 1735 ; l'ordonnance de 1735 étant restée muette sur ce point, la discussion reprit jusqu'en 1789 ; l'art. 14 de la loi du 25 ventôse an II, conforme à l'art. 165 de l'édit de Blois, exigea la mention des signatures dans l'acte (4).

(1) Sœlve, t. I, centurie 3, chap. 93 ; — « Journal des audiences », t. I, liv. VII, chap. 5 ; — Ricard, I, n° 1528.

(2) Ricard, 1^o c° ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n° 7.

(3) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 77.

(4) Merlin, 1^o c°, p. 335 et suiv. ; p. 360 et suiv.

Le testateur ne peut signer. Cela peut provenir de ce qu'il ne sait pas écrire son nom — ou de ce que son état de santé actuel ne lui permet pas de tenir une plume au moment où le testament est passé. Les ordonnances demandent : 1° que le notaire interroge le testateur sur le motif qui l'empêche de signer ; 2° que le testateur réponde et déclare devant les témoins ce motif ; 3° que la demande du notaire et la réponse du testateur soient insérées dans l'acte, on n'en admet pas la preuve par un autre moyen (1). La question posée par la personne publique et la déclaration du disposant doivent être mentionnées ; cependant, si le notaire n'inscrit que la déclaration de celui-ci, la jurisprudence s'en contente (Grand'Chambre, 23 avril 1644 et 7 mars 1652) (2), car l'interpellation de l'officier public n'a pour but que de provoquer cette réponse qui est la partie essentielle à laquelle tient le législateur (Grand'Chambre, du 17 décembre 1654) (3) ; Lamoignon et Auzanet, dans leurs arrêtés (titre des testaments, N° 58), approuvent cette manière de voir. Mais si le notaire indiquait lui-même la cause pour laquelle le testateur n'a pas signé, sans parler de question posée au disposant, l'acte serait nul (arrêt du 2 mai 1601 (4) et de la 3^e Chambre des enquêtes, du 3 septembre 1768) (5). En d'autres termes, les tribunaux veulent être bien assurés que l'on a demandé au testateur s'il pouvait signer, et que si cette signature manque, cela provient de ce que le déclarant n'a pas pu l'apposer,

(1) Charondas, Commentaire sur la coutume de Paris.

(2) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 ; — « Journal des audiences », t. I, liv. 7, chap. 5 ; — Sœfve, t. I, centurie 3, ch. 93 ; Comparez Sœfve, t. II, centurie 3, chap. 20.

(3) Ricard, I, 1526 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n° 5.

(4) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; — Ricard, l° c° ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n° 4.

(5) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 87 et 90.

et non de ce que la personne publique a jugé plus com-
mode de procéder toute seule ; c'est un moyen d'éviter les
testaments faux et suggérés — moyen d'ailleurs qui est
fort peu utile comme le remarque Duplessis, car le notaire
assez peu scrupuleux pour fabriquer un testament, placera
aussi bien une fausse déclaration dans la bouche d'autrui
que sous sa propre autorité (1). Il ne faut pas confondre
le cas où le testateur n'a pas signé avec celui où, en raison
de sa faiblesse, il a apposé une signature mal faite : en cette
dernière hypothèse, le notaire peut, de lui-même, men-
tionner la cause pour laquelle la signature laisse à désirer,
car il y a alors un document émanant du disposant (16 dé-
cembre 1757 et 28 août 1762) (2). Si la déclaration du
disposant est fausse, le testament est nul : ainsi, un arrêt
de la Grand'Chambre, du 31 juillet 1713 (3) annula un
acte où le testateur déclare ne pas savoir signer alors que le
contraire était prouvé ; mais le testateur peut fort bien
déclarer ne pas savoir signer et avoir signé jadis dans des
actes anciens, car il a pu savoir écrire son nom et l'avoir
oublié depuis (2 décembre 1649) (4).

Le notaire n'est pas exempté de faire signer le testateur
en cas de maladie contagieuse (arrêt du 8 mars 1638) (5) ;
mais celui-ci peut alors déclarer qu'il ne peut le faire en
raison de l'épidémie dont il est atteint, et cette excuse
est valable d'après la jurisprudence (arrêts du 9 juin et du

(1) Duplessis, 14, 3, 2, 3, 3.

(2) Denisart, « Décisions », Vo Testament, nos 87 et 88.

(3) « Journal des audiences », t. VI, liv. III, chap. 30.

(4) Sœfve, t. I, centurie 3, chap. 21.

(5) « Journal des audiences », t. I, liv. III, chap. 50 ; — Auzanet,
Commentaire sur l'art. 289 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose VI,
n° 4 ; — Jean de Fresne au « Journal des audiences » note une
jurisprudence contraire en droit écrit.

29 juillet 1639) (1) ; il fut même jugé que le malade ayant donné faussement comme motif qu'il ne savait pas signer, le testament subsisterait néanmoins en raison de la contagion du mal dont il était atteint (15 mai 1656) (2) ; il faut toujours néanmoins que ce soit le disposant qui déclare le motif qui l'empêche de signer ; un notaire ayant mentionné qu'il n'avait pas fait signer le testateur parce qu'il était atteint de la peste, la cause fut appointée au Conseil, le 5 février 1647 (3).

La signature doit clôturer l'acte (4) ; elle figure après la date ; un arrêt du 1^{er} décembre 1584 valida des dispositions placées après elle parce que le notaire, homme très honorable, et les témoins affirmèrent qu'elles émanaient de la volonté du défunt, mais Charondas et Ricard critiquent l'arrêt au nom des ordonnances, et disent qu'il équivaut à la validation d'un testament sans signatures (comparez un arrêt du 15 juin 1617, validant une révocation de testament non signé du testateur parce qu'elle était faite au profit des héritiers du sang) (5).

Les mentions annonçant les signatures ou surtout le manque de signature doivent également figurer après les dispositions ; dans le corps de l'acte, elles seront considérées comme inexistantes (6), car un empêchement de si-

(1) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 429 ; — Auzanet, 1^o c^o.

(2) « Journal des audiences », t. I, liv. VIII, chap. 38. Un arrêt du 29 juillet 1636 (*ibid.*, t. VII, Supplément, liv. I, chap. 335) validant des dispositions d'un pestiféré non signées de ce dernier et sans aucune mention, les témoins ayant signé hors sa présence, n'est qu'un cas d'espèce.

(3) « Journal des audiences », t. I, liv. IV, chap. 48.

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n^o 9.

(5) Charondas, « Réponses », liv. VII, réponse 169 ; — Ricard, I, n^o 1531 ; — Auzanet, « Arrêts », liv. II, chap. 57.

(6) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 482 ; — Scève, t. I, centurie 1, chap. 33 ; — Ricard, I, n^o 1531 et 1532 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n^o 9.

gner peut survenir ou disparaître avant que le testament ne soit terminé et le moment de signer venu (Chambre de l'édit, 26 février 1641, et Grand'Chambre, 12 avril 1649) (1).

Les signatures et les mentions doivent, d'après l'art. 165 de l'édit de Blois, se trouver à la fois sur la minute et sur la grosse ; il n'y aurait aucune nullité au cas d'omission dans la grosse seulement, car il n'appartient pas au notaire d'annuler par sa faute un testament valable à l'origine (2).

Si le testateur meurt avant la signature, l'acte est nul (3) ; une sentence du Châtelet annule également un testament où le disposant meurt en signant, et où le notaire déclare qu'il n'a pu signer en raison de sa faiblesse (4) ; il n'y aura pas de testament non plus si le déclarant a perdu l'usage de la parole avant la signature ou avant d'avoir exprimé qu'il ne peut signer (arrêt du 8 juin 1634) (5). Mais un acte signé des notaires et des témoins, où la testatrice avait déclaré ne pas pouvoir apposer son nom en raison de son état de santé en ajoutant qu'elle le ferait dans l'après-midi, fut validé quoique elle soit morte entre temps sans signer (Chambre de l'édit, 7 mai 1608. Voyez aussi 23 avril 1644) (6) ; on pensa qu'elle n'avait pas signé non pour différer son testament, mais parce qu'elle ne le pouvait pas.

c) *Signature des témoins.* — L'art. 84 de l'ordonnance d'Orléans, les art. 63 et 165 de celle de Blois exigent la

(1) Voir le renvoi (6) de la page précédente.

(2) Ricard, I, n° 1527 ; — Ferrière, *ibid.*, glose VI, n° 5.

(3) Ferrière, *ibid.*, glose, VI, n° 10.

(4) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 87.

(5) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289.

(6) Charondas, « Résolutions de plusieurs notables questions, 4^e part., tit. I ; — Louët, lettre T, sommaire IX, n° 9 ; — Laurière, sur l'art. 289 ; — Ferrière, *ibid.*, glose VI, n° 5.

signature des témoins absolument dans les mêmes conditions que celle du disposant. Le notaire doit les interpellier au cas où ils ne savent pas signer, et mentionner leur réponse.

Mais si l'on ne choisit pas le testateur, on peut choisir les témoins. Aussi l'art. 166 de l'édit de Blois exige qu'autant que possible l'on ait recours au témoignage de personnes sachant signer, surtout si le testateur ne signe pas de manière à avoir plus de garanties et à ne pas laisser reposer tout l'acte sur la bonne foi du notaire :

« Afin d'obvier aux faussetés et suppositions qui se peuvent commettre pour ce regard, nous voulons qu'ès lieux où jusques à présent a été permis qu'un seul notaire, en présence de deux témoins, puisse recevoir et passer contrats, testaments et autres actes, ledit notaire s'il est es villes ou gros bourgs esquels vraisemblablement on puisse avoir témoins qui sachent signer, et au cas que la partie qui s'oblige ne puisse signer, soit tenu appeler actuellement signera avec lui la minute » (1).

Ricard remarque que cet article de l'édit de Blois n'est point établi à peine de nullité (2) ; un arrêt de Règlement, du 4 septembre 1585, étendit cette prescription aux testaments faits hors les villes, mais toujours sans nullité (3).

Rappelons que, comme pour la signature du testateur, au XVIII^e siècle, lorsque les témoins signent, le notaire doit l'annoncer dans l'écrit, à peine de nullité (9 mars 1730, 16 février 1720, 2 juillet 1733 ; acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 29 avril 1751) (4), de manière à empêcher des signatures postérieures à la rédaction du testament.

(1) Cf. Charondas, Commentaire sur la coutume de Paris.

(2) Ricard, I, n° 1535.

(3) Denisart, « Décisions », V^o Testament, nos 77 et 81.

(4) Denisart, « Actes de notoriété », p. 488.

Les témoins signent sans être spécialement requis dans l'acte de le faire (1).

L'usage des sceaux et des cachets des témoins ou du disposant est inutile (2). Lamoignon et Auzanet voulaient les supprimer dans les rares pays où cette habitude subsistait (titre 50, art. 60 des arrêtés) ; en échange, Auzanet émet le vœu que le testateur et les témoins ou le notaire apportent leur visa sur chaque feuillet de l'acte pour en éviter le changement postérieur ; Ferrière est du même avis (3).

Notons en terminant que le testament authentique doit être fait *uno contextu* (Grand'Chambre, 18 mars 1624) (4). Lamoignon et Auzanet spécifient à l'art. 57 de leurs arrêtés qu'il faut le rédiger « sans divertir à autre acte, à peine de nullité. » Mais Ferrière admet qu'il peut y avoir plusieurs vacations si après chaque vacation chacun signe ce qui a été fait et si à la fin on procède à toutes les formalités requises (5) ; pour les coutumes renvoyant subsidiairement au droit romain, l'unité de contexte est plus rigoureuse et l'acte doit être rédigé en une seule séance (6).

Le notaire ou le témoin qui, par sa faute, rend un testament nul est susceptible d'une condamnation à des dommages-intérêts (7). Mais la jurisprudence exige une faute très lourde ; au xviii^e siècle les tribunaux accordèrent plus facilement des indemnités aux parties lésées (8).

(1) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris.

(2) Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n° 29.

(3) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris ; — Ferrière, *ibid.*, glose 5, n° 29.

(4) Auzanet, 1^o c°.

(5) Ferrière, *ibid.*, glose, 6, n° 28.

(6) Merlin, 1^o c°, p. 355.

(7) « Journal des audiences ». t. VII, Suppl., liv. 1, chap. 20.

(8) Bourjon, 3, 9, 2, 2, 10.

Un arrêt du 10 janvier 1668 et un second du 7 septembre 1701 (1), rendu sur les remontrances du Procureur général, enjoignit à la personne publique qui recevait un testament contenant des legs au profit des hôpitaux, églises, communautés ou pauvres, d'en donner avis à peine de dommages-intérêts au Procureur général du Roi ou à ses substituts et d'y joindre un extrait des dispositions pour que le parquet puisse procéder aux poursuites nécessaires et éviter l'étouffement du legs au décès du disposant. Pour les testaments sous seings privés, ce sont les héritiers qui doivent avertir le Procureur dans la huitaine du décès, à peine de voir quadrupler le legs recélé (2).

SECTION IV. — **Formes extraordinaires de testaments**

§ 1. — **Testament en faveur de la cause pie.**

On confond sous ce nom, en droit coutumier, les legs en faveur de l'Eglise et ceux pour les pauvres.

Au xvi^e siècle, il y a encore des formes spéciales pour la cause pie : l'art. 96 de la coutume de Paris, de 1510, après avoir énuméré les diverses manières de tester ajoute « et « excepté en tant que touche les légats pitoyables, obsèques « et funérailles d'icelui testateur ; esquelles toutefois, et « pour le moins, sera gardée la solennité de droit canon. » Dumoulin, lui-même, est du même avis dans son commentaire sur l'art. 170 de la coutume de Valois. Or, nous avons vu que le droit canon se contentait de la présence de deux

(1) Louët, lettre N, sommaire X, n^o 16 ; lettre T, sommaire VIII, n^o 15 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. 4, chap. 57.

(2) Nous pouvons renvoyer pour donner un modèle de testament authentique à celui du prince de Condé au « Journal des audiences », t. VI, liv. 1, chap. 4.

témoins et même se passait de toute forme, à condition que la volonté du testateur soit certaine.

Dans la deuxième moitié du xvi^e siècle, les auteurs coutumiers protestèrent contre cette faveur dont jouissaient les legs pieux. La coutume de Paris, de 1580, ne leur accorde aucun privilège et les passe sous silence. Il semble que dès lors on distingua les legs pieux importants, que l'on fit rentrer dans le droit commun, et les petits legs que l'on pouvait considérer comme des aumônes et qui restèrent valables sans aucune forme ; d'où un certain flottement dans la jurisprudence.

Ainsi, le Parlement de Paris valida, le 19 mars 1575, un testament déclaré de vive voix à un confesseur qui le rédigea lui-même ensuite par écrit et le signa : les légataires étaient des neveux dans le besoin (1). Un simple projet, dépourvu de signature, fut exécuté pour les legs pieux et ceux au profit des domestiques (arrêt du 1^{er} juin 1676) (2).

De même, le Parlement de Paris, en juin 1549, annula plusieurs testaments en laissant subsister les legs pieux (3). Un arrêt du 7 février 1622 (4) déclare bon et valable, du consentement des héritiers, les dispositions pieuses contenues en un testament qui n'avait point été écrit de la main du de cujus, mais seulement signé par lui au bas des pages. A l'inverse, des dispositions en tous points semblables sont annulées parce qu'elles sont trop importantes ou faites au profit des gens aisés ; des arrêts du 21 mars 1581, du 1^{er} février 1586 et de la 2^e Chambre des enquêtes du 22 décembre 1588 (5), ordonnèrent de suivre les formes

(1) Charondas, « Réponses », liv. 3, réponse 47.

(2) « Journal des audiences », t. III, liv. IV, chap. 36 ; — Bourjon, 3, 9, 2, 2, 12.

(3) Charondas, « Réponses », liv. X, réponse 90.

(4) Louët, lettre L, sommaire V, n^o 5.

(5) Charondas, Commentaire sur l'art. 289 ; « Réponses », liv. XI, réponse 47 ; — Louët, lettre R, réponse 52, n^o 14.

ordinaires ; un testament solennel, sans un notaire et deux témoins, est nul même *ad pias causas* (1), comme un testament olographe écrit d'une autre main que de celle du testateur (2). Les legs pitoyables ne subsistent pas à une révocation générale de tout testament antérieur (8 mars 1576) (3) ; cette dernière jurisprudence était également instable, puisqu'un arrêt de 1562 avait jugé en sens contraire (4).

Les legs pieux jouissent donc en certains cas de certains avantages (5) ; mais il faut savoir si le bénéficiaire est ou n'est pas intéressant : ce bénéficiaire doit être connu ; le Parlement de Paris, le 19 février 1624, obligea un marchand qui avait reçu de la main à la main une somme d'un moribond pour l'employer en œuvres pies, suivant les indications qui lui avaient été données en secret, à restituer cette somme aux héritiers (6).

Ricard résume clairement l'état de choses existant en disant : « Nous n'admettons plus le privilège établi en « faveur des legs pies indistinctement... ; si nous les favo-
« risons, ce n'est que quand ils sont modérés et propor-
« tionnés aux biens de celui qui les a faits et surtout quand
« ils se rencontrent faits au profit des hôpitaux et des
« pauvres, et même entre les hôpitaux, nous considérons
« particulièrement ceux qui embrassent une charité uni-
« verselle » (7).

Lamoignon et Auzanet suppriment dans leurs arrêtés

(1) Charondas, « Réponses », livre XI. réponse 61.

(2) *Ibid.*, liv. XI, réponse 36.

(3) *Ibid.*, liv. 4, réponse 19.

(4) *Ibid.*, liv. 3, réponse 74.

(5) Choppin, « Traité des privilèges des personnes vivant aux champs », liv. 3, chap. 7, 9.

(6) « Journal des audiences », t. I, liv. 1, chap. 19.

(7) Ricard, I, n° 1307 ; — Comparez Ricard, I, n° 1491.

toute faveur pour les dispositions de ce genre (art. 70, titre 50). Néanmoins, la distinction faite par Ricard subsiste encore après lui ; Ferrière a beau prétendre qu'il n'y a plus d'exception pour la cause pie et citer un arrêt de la 5^e Chambre des enquêtes du 4 septembre 1677 (1) ; le 26 février 1738, le Parlement de Paris valida le don manuel d'une somme de 954 livres fait par un moribond à un prêtre pour être employée en aumônes (2).

Pendant, à mesure que disparaît l'influence chrétienne, les cas où ces dispositions sans formes étaient validées se font de plus en plus exceptionnels et ils finissent par disparaître dans le courant du XVIII^e siècle.

§ 2. — Testament militaire.

Le testament militaire qui ne s'est implanté qu'assez tard en droit coutumier sous l'influence méridionale, reste réglé par le droit romain qui lui était si favorable : tout soldat peut tester sans aucune forme.

On écarte même pour lui l'obligation de rédiger un écrit : « valet sine scriptura et testibus probari potest », dit Dumoulin (3) ; un arrêt de novembre 1582 des Grands jours d'Auvergne et un arrêt du 19 mai 1592, du Parlement de Paris, séant à Tours, admirent le testament oral (4). Le militaire, d'ordinaire, ne savait pas écrire et ne trouvant pas de personnes publiques dans les camps ou en campagne, il ne pouvait employer les formes usuelles. Il

(1) Ferrière, sur l'art. 289, glose I, n° 9, glose V, n° 30.

(2) Denisart, « Décisions », V^e Testament, n° 20.

(3) Dumoulin, sur l'art. 13 du chap. 33 de la coutume du Nivernais ; — Charondas, Note sous le « Grand coutumier de France », liv. II, chap. 40.

(4) Louët, lettre T, sommaire VIII, n° 1 et 2 ; — Charondas, Commentaire sur l'art. 289 ; — Choppin, Commentaire sur la coutume de Paris, II, 4, 4.

suffisait qu'il apparaisse qu'il avait testé sérieusement et avec une véritable intention de disposer ; pour éviter toute ambiguïté, il vaut mieux, à défaut d'un écrit, qu'il requière des témoins pour assister à la déclaration de ses dernières volontés, car il faut toujours que la preuve soit entière et que deux témoins au moins témoignent des propos par lui énoncés : « testis unus, testis nullus » ; Guy Coquille (1) prétend même que les témoins ne doivent pas se borner à rapporter les paroles du disposant, mais y ajouter la relation des circonstances dans lesquelles elles ont été prononcées, de manière qu'il soit bien évident qu'elles n'ont pas été dites à la hâte ou par plaisanterie.

Les art. 31 et 32 des ordonnances de Henri III, de 1576 et 1577, pour la pacification des troubles, recommandent aux juges d'avoir égard aux testaments militaires (2).

L'ordonnance de Moulins, de 1566 (art. 54), en réclamant un écrit pour tout testament, ne faisait pas d'exception. On ne l'appliqua pas de suite aux dispositions des soldats ; mais au ^{xvii}^e siècle, tout en n'exigeant toujours pas de forme solennelle, on demande un commencement de preuve par écrit ; comme le dit Ricard, on ne peut abandonner l'acte le plus important de la vie d'un homme à la conscience de deux ou trois soldats souvent peu honnêtes (3) ; un arrêt du 8 février 1582 (4), sur cette question, ne fit qu'appointer la cause, mais depuis le Parlement refusa d'admettre les testaments purement oraux (Grand'-Chambre, 1^{er} mars 1638 et 7 juillet 1708) (5) ; les soldats

(1) Guy Coquille, « Questions et réponses », n° 233.

(2) Ricard, I, n° 1628 ; — Ferrière, « Dictionnaire de droit », V^o Testament militaire.

(3) Ricard, I, n° 1629 ; — Louët, lettre T, sommaire 12, n° 1.

(4) Ricard, I, n° 1630 ; — Choppin, Commentaire sur la coutume d'Anjou, liv. II, chap. 2, tit. 4, n° 4.

(5) Louët, lettre T, sommaire 8 n°s 4 et 7 ; — Laurière, sur l'art. 289.

conservèrent leurs autres privilèges et leurs dispositions étaient toujours interprétées dans le sens le plus favorable (arrêt du 15 mai 1592) (1) ; il était inutile que les témoins soient idoines comme dans les formes ordinaires, car ils ne sont reçus qu'ad probationem et non ad solemnitatem, et peuvent ignorer signer, être étrangers, etc... (2).

Pour avoir droit au privilège de la loi, le soldat doit servir la France ; un arrêt du 6 juillet 1620 (3) déclare nul un testament fait par celui qui avait porté les armes contre le service du roi ; un autre arrêt du 25 juin 1618 ne permet pas non plus à un soldat qui a porté les armes en Piémont, malgré la défense du roi, d'user de cette faveur (4).

Mais tous ceux qui accompagnent les armées du roi — combattants ou non — peuvent en profiter.

Lamoignon et Auzanet (arrêtés, titre des testaments, N^{os} 65 et 66) maintiennent une forme spéciale de testament en faveur du soldat, mais ils exigent que cet acte soit au moins signé du disposant et de deux témoins ; ils le restreignent au cas de force majeure et ne le permettent pas dans les garnisons où l'on peut faire usage de la forme commune ; en tous cas, il doit être rédigé entièrement par écrit (arrêt N^o 69) (5).

C'est un acheminement vers l'ordonnance de 1735, qui modifiera de fond en comble les dispositions relatives au testament militaire.

(1) Ricard, I, n^{os} 1618, 1632 et 1633.

(2) Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 8 ; — Pothier, « Introduction », chap. 1, n^o 15.

(3) Louët, 1^o c^o ; — Auzanet, « Arrêts », liv. III, chap. 23.

(4) Auzanet, « Arrêts », liv. II, chap. 70 ; — Bourjon, 3, 9, 2, 2, 50.

(5) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289.

§ 3. — Testament en cas de peste.

Dumoulin admet le testament verbal sans solennité en temps de peste (1). Mais il ne fut pas suivi.

Les ordonnances d'Orléans, de Moulins et de Blois veulent un écrit (arrêt du Parlement de Paris, siégeant à Tours, du 7 janvier 1595 (2). Si l'on adopte la forme authentique, aucun texte ne dispense du nombre légal de témoins, ni de leur capacité (arrêts de la Pentecôte 1593 et du 31 août 1630) (3) ; le testateur et les témoins doivent signer l'acte (arrêts du 12 mai 1600 et du 8 mars 1638) (4) ; toutefois, le disposant atteint de peste peut s'éviter de signer, à condition de déclarer, sur l'invitation du notaire, ne pouvoir y déférer en raison de la contagion (5) ; il n'est pas admis de testaments reçus par le confesseur ou un prêtre en place du curé (arrêts du 8 mai 1598 et 18 juillet 1634) (6).

Ricard remarque que le droit coutumier en ne favorisant pas le testament en cas de peste, a suivi avec raison les principes du droit romain ; tandis que nous verrons plus loin que le droit écrit s'en est écarté ; c'est à la faveur des épidémies de peste qu'il faut le plus craindre les sugges-

(1) Dumoulin, sur l'art. 13 du chap. 33 de la coutume de Nivernais.

(2) Louët, lettre T, sommaire VIII, n° 8 ; — Ferrière, sur l'art. 289, Préliminaires.

(3) Louët, lettre T, sommaire VIII, n° 10 ; — Charondas, « Réponses », liv. IX, réponse 35 et liv. XIII, réponse 63 ; — Choppin, sur la coutume de Paris, II, 4, 2.

(4) Charondas, « Résolutions », 4^e part., tit. I ; — Louët, 1^{er} c° ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 11 ; tit. 14, § 3, n° 12.

(5) Voyez plus haut à propos de la signature du testament solennel les nombreux arrêts cités ; on peut y ajouter Paris, grand' chambre, 1^{er} juin 1676 cité par Ferrière sur l'art. 289, glose 6, n° 11.

(6) Louët, lettre T, sommaire VIII, n° 8 ; — Ferrière, sur l'art. 290.

tions, ce n'est donc pas le moment de simplifier les formes, il faudrait plutôt les renforcer (1). Lamignon et Auzanet sont aussi de cet avis (arrêtés 1^o c^o, N^o 70).

§ 4. — Testament mutuel (2).

Le testament mutuel n'est pas, à proprement parler, une forme spéciale. Le droit coutumier permettait à deux personnes de disposer de leur fortune par un seul et même acte, en suivant les formes ordinaires, au profit du co-testateur survivant ou au profit d'un tiers. Lorsque le bénéficiaire du testament est le survivant, il y a testament mutuel ; dans le cas contraire, il y a simplement testament conjoint ; mais en fait, on prit l'habitude d'englober toute disposition faite par plusieurs personnes à la fois sous le nom de testament mutuel. Ce mode est d'ordinaire pratiqué entre époux pour avantager le conjoint survivant ou les enfants du mariage ; dans certaines coutumes on le rencontre entre proche parents et même entre non-parents. La validité de tels actes n'est basée que sur l'usage ; aucune ordonnance ne traite de la question .

En cas de disposition olographe, chaque disposant doit écrire de sa propre main un exemplaire, et les deux originaux doivent être signés chacun des deux testateurs (3) ; s'il n'y avait qu'un seul exemplaire écrit par l'un d'entre eux et signé des deux, l'acte serait nul (arrêt de la Grand'-Chambre, du 1^{er} avril 1658) ; de même, un testament olographe écrit par l'un des disposants et reconnu devant notaire par les deux, n'est pas valable, car la reconnaissance devant notaires ne peut donner une validité à un acte im-

(1) Ricard, I, n^o 1635 ; — Comp. Merlin, 1^o c^o, p. 499.

(2) Voyez Ricard, « Du don mutuel ».

(3) Ricard, I, n^o 1492 à 1495 ; — Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 1, n^o 13.

parfait au début (Grand'Chambre, 17 juin 1624) (1). De tels testaments, qui sont nuls comme testaments mutuels, vaudraient-ils à l'égard de celui qui l'a écrit ? certainement non, pour les dons réciproques faits en raison du don du co-testateur ; mais pour les legs en faveur des tiers, ils sont maintenus si le disposant les a faits seul, ils ne subsistent pas s'il les a rédigés de concert avec son co-sigataire, par exemple si chacun doit fournir une partie d'un bien commun (2).

Le testament mutuel solennel n'est pas nul sous le prétexte que les deux testateurs n'ont pu, en même temps, le dicter et le nommer aux notaires (arrêt du 16 mars 1638) (3) ; mais les co-disposants doivent déclarer l'un après l'autre, à haute voix, leurs volontés.

Les actes de ce genre ne s'insinuent pas comme des donations (4).

La grosse question pour le testament, est celle de sa révocation ; les coutumes sont muettes (5).

Il faut distinguer le cas où le co-testateur vit et celui où il est mort.

Du vivant des deux disposants, on admet que la révocation est possible par la volonté d'un seul (6) ; Charondas est peut être le seul auteur qui exige le consentement des deux parties et il prétend que divers arrêts du Parlement,

(1) Ferrière, 1^o c^o, glose 1, n^o 10.

(2) Voir Ricard et Ferrière, 1^o c^o.

(3) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 381 ; — Louët, lettre T, sommaire VIII, n^o 12.

(4) Louët, lettre T, sommaire X, n^o 3.

(5) Voyez Merlin, « Recueil des questions de droit », V^o Testament conjonctif ; — Ricard, « Don mutuel », sect. 7.

(6) Dumoulin, sur l'art. 332 de la coutume d'Anjou ; — Ricard, « Don mutuel », n^o 234.

de 1581, 1584, 1595 et 1596 sont en faveur de cette opinion (1) ; sa doctrine ne fit pas d'adeptes.

Lorsque les co-testateurs se sont mutuellement institués légataires, il faut que celui qui révoque l'acte, signifie cette révocation à l'autre pour la lui faire connaître (2^e Chambre des enquêtes du 15 juin 1591, et Grand'Chambre du 9 juillet 1618) (2) ; sinon elle serait faite en fraude de l'autre intéressé et considérée comme non avenue (arrêt du 14 juillet 1666, de la Grand'Chambre) (3) : il y a dol pour empêcher le partenaire de révoquer avant son décès, s'il le juge utile, le legs qu'il a fait à son compagnon (arrêts du 15 juin 1591 et 9 juillet 1618 précités) (4), car la révocation n'a lieu que pour la part de celui qui l'opère, dit un arrêt de juin 1562 (4), et le co-disposant qui compte sur un testament, en quelque sorte synallagmatique, doit connaître la suppression de cette moitié de l'acte pour pouvoir également modifier ses dernières volontés.

Le testament mutuel étant, pour ainsi dire, un acte bilatéral, il s'ensuivra également que la révocation n'est plus possible par l'une des parties lorsque les chances ne sont plus égales ; ainsi, la jurisprudence la déclare nulle lorsqu'elle est opérée pendant la dernière maladie : elle est frauduleuse à l'égard de l'autre partie survivante (arrêts du 18 mars 1617 et 12 avril 1613) (5).

(1) Charondas, « Réponses », liv. XI, réponse 47 ; « Mémoires observations », V^e Testament ; « Pandectes », liv. III, ch. 8.

(2) Chopin, liv. II, tit. 4, 10 ; — Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 6, n^o 3 ; — Louët, lettre T, sommaire X, n^o 6 ; — Auzanet, « Arrêts », liv. II, chap. 72 ; — Bourjon, 3, 9, 2, 2, 53.

(3) Sœfve, t. II, centurie, 3, chap. 81 ; — Louët, lettre T, sommaire X, n^o 13.

(4) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 8.

(5) Louët, lettre T, sommaire X, n^o 7 ; — Ricard, « Don manuel », n^{os} 237 à 240.

La forme de la révocation n'est sujette à aucune solennité particulière, mais la signification doit être faite par acte authentique, de manière à en garder une preuve. Louët et Ricard sont d'avis que l'on ait recours aux notaires mêmes qui ont reçu le testament, ou, si l'on procède par exploit d'huissier, que le sergent soit accompagné de deux recors ou témoins qui signent l'acte ; cette signification, ajoutent-ils, doit être toujours faite parlant à personne même pour éviter des fraudes, et ne peut pas être accomplie non plus pendant la dernière maladie.

Une fois l'un des deux testateurs mort, il faut faire une sous-distinction, selon qu'il s'agit d'un testament conjoint au profit d'un tiers ou d'un testament mutuel proprement dit au profit du survivant.

Lorsque le testament profite à un tiers, quelques auteurs n'admettent pas sa révocation, même en ce qui concerne la part donnée par le survivant (1) ; de tels actes, disent-ils, ayant souvent pour origine le désir de maintenir les biens dans les familles doivent être respectés le plus possible ; c'est un des multiples moyens employés pour essayer de conserver les fortunes de la noblesse ; un changement ne pourrait être apporté que du consentement de tous les intéressés, et équivaldrait à une nouvelle opération juridique ; c'est l'avis de Choppin, qui cite un arrêt du 21 mars 1595 et un autre de la 2^e Chambre des enquêtes du 2 août 1597 (1), et celui de Ferrière, qui renvoie à des décisions du Parlement du 5 avril 1584 et du 26 novembre 1641 (2). Mais l'opinion contraire soutenue par Ricard nous semble plus exacte ; le testament conjoint de deux époux, qui ne contient aucune disposition en faveur du survivant, est révocable par celui-ci pour ce qui le con-

(1) Choppin, II, 4, 10.

(2) Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 6, n^o 10.

cerne, car il y a deux actes confondus dans la forme et distincts quant au fond : deux arrêts fortement motivés, du 18 juin 1644 et 4 août 1646, viennent appuyer cette thèse (1).

Le testament mutuel n'est pas révoqué *ipso facto* si le survivant se remarie et a des enfants (arrêts du 18 juillet 1605 et 1^{er} septembre 1612) (2) ; c'est souvent pour protéger les enfants d'un premier lit contre leurs frères consanguins ou utérins qu'il a été fait.

Mais lorsqu'il a été dressé un testament mutuel entre conjoints et que le survivant a bénéficié de la fortune entière ou partielle du ménage, que faut-il décider ; l'époux qui a survécu, peut-il, une fois le testament exécuté, le révoquer pour sa part en offrant de rendre ce qu'il a touché ? Non selon Louët, le disposant qui a accepté le legs et a commencé à l'exécuter ne peut plus changer d'avis (voyez des arrêts du 5 avril 1583, de la Chambre de l'édit du 5 avril 1584, du 21 mars 1595, de la 3^e Chambre des enquêtes de janvier 1596, du 2 août 1597, 1^{er} juillet 1603, 13 février 1606, 14 janvier 1616, 3 avril 1632, 27 janvier 1648 et 18 décembre 1691) (3) ; Ferrière déclare que le testament approuvé et exécuté par le survivant est devenu, en quelque sorte, un contrat synallagmatique intangible, et il exige que dans le procès-verbal d'ouverture du testament, l'on oblige ce survivant à se décider et à déclarer s'il accepte ou non le legs. Auzanet (4), pour couper

(1) Louët, lettre T, sommaire 10, n° 4 ; — Ferrière, « Compilation » tit. 14, § 6, n° 4 ; — Ricard, « Don mutuel », n°s 272 à 276.

(2) Louët, lettre T, sommaire 10, n° 10.

(3) « Journal des audiences », t. IV, liv. 6, chap. 54 ; — Louët, lettre T, sommaire X, n° 1, 2 et 16 ; — Charondas, « Réponses », liv. VIII, réponse 73, liv. VI, réponse 85 ; « Mémoires observations », V^e Testament ; — Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 6, n° 4 ; — Ricard, « Don mutuel », n°s 246 à 260.

(4) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris.

court à toutes ces difficultés, permet au survivant de révoquer l'acte dans l'année du décès du prémourant ; la révocation doit être faite par acte public et signifiée aux héritiers ab intestat du co-disposant ; faute de quoi l'acte devient irrévocable dans tous les cas. L'ordonnance de 1735, pour mettre fin à ces complications, supprimera ce genre de disposition.

§ 5. — Testament « *inter liberos* ».

Le droit coutumier n'admet pas de forme spéciale simplifiée pour les dispositions du père de famille envers ses enfants (1) ; de tels actes sont annulés tout comme les autres si le testateur a négligé une des formalités exigées par la loi (arrêts du 15 juin 1601 et du 20 février 1663) (2) ; Lamoignon et Auzanet le spécifient à l'art. 70 de leurs arrêts pour éviter toute méprise.

Toutefois, si théoriquement le droit reste le même, en fait, lorsque le père a agi dans un but d'intérêt général pour régler de son mieux les affaires de famille et n'a pas voulu abuser de son autorité pour dépouiller injustement certains enfants au profit d'autres, la jurisprudence valide souvent des testaments qui, en droit strict, seraient nuls pour vices de forme (arrêt du 16 mai 1649) (3).

§ 6. — Testament maritime (4).

L'ordonnance de la marine, d'août 1681 (livre III, titre

(1) Ricard, I, n° 1651.

(2) Louët, lettre R, sommaire 52, n° 12 ; — « Journal des audiences », t. II, liv. 2, chap. 6.

(3) Sœfve, t. I, centurie 3, chap. 15 ; — Charondas, sur l'art. 289 ; — Guy Coquille, « Questions et réponses », n° 233 ; — Ricard, I, n° 1653.

(4) Denisart, « Décisions », V° Testament maritime ; — Ferrière, « Dictionnaire de droit », e° v° ; — Pothier, « Introduction », chap.

I, art. 1 et 2), accorde des formes spéciales pour les dispositions des gens qui sont en mer.

D'abord, on peut toujours employer la forme olographe.

En plus, les dernières volontés peuvent être reçues par l'écrivain du vaisseau assisté de trois témoins qui doivent savoir signer ; le testateur doit signer également ou déclarer le motif qui l'en empêche et le faire insérer dans l'écrit ; l'acte mentionnera que les dispositions ont été rédigées sur le bateau loin du rivage. L'écrivain du vaisseau doit avoir une commission d'écrivain et prêter serment devant les officiers de l'amirauté du lieu de l'embarquement au départ. On ne peut disposer par cette seconde manière, que des effets possédés sur le bateau et des gages qui vous sont dus, rien ne peut être laissé aux officiers du navire s'ils ne sont parents du déclarant.

L'acte n'est valable qu'en cas de décès au cours de la traversée.

§ 7. — Autres formes de testaments.

L'art. 96 de la coutume de Paris, de 1510, autorise le testament par devant quatre témoins sans notaire, ni curé ; cette formule fut abrogée à Paris par la coutume de 1580, mais on le rencontre dans quelques coutumes jusqu'en 1735 (1).

Notons, en passant, qu'en Normandie, le testament n'est valable que si le disposant survit pendant trois mois ; on veut éviter les suggestions au lit de mort. En Bretagne, la coutume offre ceci d'original que le testateur n'a pas le choix entre la forme authentique et la forme olographe ;

1, n° 16 ; — Merlin, 1° c°, p. 500 ; — Furgole, « Traité des testaments », chap. 2, sect. 2, n° 7.

(1) Loysel, « Institutes », liv. II, tit. IV, note sous le n° 301 ; — Merlin, 1° c°, p. 360 et suiv.

il doit employer la première s'il ne sait pas signer ou s'il est malade, et la seconde s'il est valide et sait écrire.

Il n'y a pas, en droit coutumier, de testaments spéciaux aux aveugles, aux sourds, aux muets ou aux rustiques (1) ; ils doivent employer les formes habituelles. En conséquence, le sourd-muet, qui ne sait ni lire ni écrire, ne peut tester (2). Le sourd qui sait lire sans pouvoir écrire, a la faculté de tester par acte solennel en dictant ses volontés et en les relisant lui-même au lieu de les faire relire par le notaire. Les aveugles peuvent user du testament authentique ; il n'y a qu'une raison de fait qui les empêche d'employer la forme olographe, et un arrêt du 29 mai 1770 valide le testament de ce genre qu'avait réussi à écrire lisiblement une aveugle (3).

SECTION V. — Règles applicables à tous les testaments coutumiers.

§ 1. — Les témoins.

Les témoins, quand ils sont nécessaires, doivent toujours être au moins au nombre de deux ; c'est l'application du vieil adage : « testis unus, testis nullus » (4).

A l'origine, les témoins des testaments étaient requis pour pouvoir faire la preuve de l'acte et témoigner en justice après le décès du disposant ; il suffisait donc qu'ils présentassent les capacités exigées de tout témoin judiciaire ; il en fut toujours ainsi pour le testament militaire qui resta dénué de formes. Mais à l'époque qui nous occupe,

(1) Voyez Lamoignon et Auzanet, « Arrêtés », n° 70 du tit. 50.

(2) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 2 ; — Merlin, 1^o c° p. 237.

(3) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 160.

(4) Charondas, « Réponses », liv. XI, réponse 61.

les témoins sont requis non seulement *ad probationem*, mais par formalisme, « *ad solemnitatem* », pour la solennité de l'acte. La coutume exige donc d'eux des capacités spéciales supplémentaires, et elle est d'autant plus stricte sur ce point, que le nombre des témoins est bien moindre en droit coutumier qu'en droit romain (1). Naturellement, les personnes qui ne peuvent déposer en justice ne doivent pas être admises à plus forte raison comme témoins instrumentaires (2) ; comme le remarque Ricard, le testament ne tire sa preuve que de lui-même, tandis qu'il y a toujours des présomptions pour contribuer à la décision du juge dans un procès, en cas de faux témoignages.

1. L'ancienne et la nouvelle coutume de Paris exigent des témoins « *idoines et suffisants* » ; d'après Auzanet et Ferrière, le mot *idone* signifie qu'ils doivent être solvables, ne pas être notés d'infamie publique, ni misérables, ni mendiants, le mot *suffisant* est un mot obscur (3) ; selon Duplessis, par *idone* la loi désire des personnes saines d'esprit et non interdites pour prodigalité, par *suffisant* des gens « *irréprochables* » au sens strict du mot, c'est-à-dire capables de porter témoignage en justice (4).

Si l'on n'est pas d'accord sur le sens exact de ces mots, il n'y a pas de doute sur leur sens général. Le témoin doit être honorable, n'avoir pas subi de condamnation à une peine infamante et n'être soumis à aucun décret de prise de corps d'un juge séculier (5). C'est ce qu'Auzanet et La-

(1) Charondas, « *Pandectes* », liv. III, chap. I.

(2) Guy Coquille, 1^o c^o, n^o 233 ; — Ricard, I, n^o 1592.

(3) Auzanet, Commentaire sur l'art. 289 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n^o 6.

(4) Duplessis, 14, 3, 2, 3, 1.

(5) Pothier, « *Introduction* », chap. 1, n^o 14 ; « *Traité des donations* », chap. 1, art. 3, § 3.

moignon expriment dans leurs projets d'arrêtés (art. 71) par les mots « non noté d'infamie. »

Il doit ensuite avoir un état civil aux yeux des autorités françaises ; sont donc exclus : les morts civils, à quelque titre que ce soit, et les étrangers.

Toute personne morte civilement par suite d'une condamnation pénale, ne peut fournir un témoignage. Il en est de même des religieux réguliers qui, en entrant dans les ordres, ont perdu leur capacité juridique ; deux arrêts du 22 mai 1645 et 1^{er} avril 1656 annulèrent des dispositions parce que l'on avait eu recours au témoignage de deux moines (1) ; peu importe, dit un autre arrêt de la Grand'-Chambre du 24 mars 1659, que l'on ne puisse en trouver d'autres parce qu'une épidémie de peste sévit (2). Un curé, religieux régulier, peut recevoir un testament solennel en vertu de ses fonctions de curé, mais ne peut être témoin car il est religieux ; toutefois, un évêque pourrait l'être, quoique religieux, car l'épiscopat rend la vie civile aux moines qui l'avaient perdue en entrant dans les ordres (3).

Un serf ne pourrait pas non plus fournir son témoignage (4).

Le témoin doit être en pleine possession de l'état de citoyen, donc être Français (5) ; cependant, Ricard admet

(1) « Journal des audiences », t. I, liv. IV, chap. 24 ; — Sœfve, t. I, centurie 1, chap. 81.

(2) « Journal des audiences », t. I, liv. X, chap. 15 ; — Louët, lettre T, sommaire XII, n° 3 ; — Ricard, I, n° 1597 et suiv. ; — Laurière, sur l'art. 289 ; — Ferrière sur l'art. 289, glose 4, n° 7 ; — Lamoignon et Auzanet, « Arrêtés », n° 71 du titre des testaments.

(3) Ricard, I, n° 1602 — Pothier : « Traité des donations », 1^o c°.

(4) Laurière, 1^o c°.

(5) Pothier, « Introduction », 1^o c° ; « Traité des donations », 1^o c° ; — Bourjon, 3, 9, 2, 2,, 32.

les étrangers domiciliés en France ou connus dans le royaume (1).

On écarterait également un fou furieux ou un insensé même non interdit (2).

Un prodigue en état d'interdiction peut-il fournir son témoignage ? Oui, selon Ferrière, car l'interdiction dont il est l'objet n'a pour but que de lui enlever la gestion de sa fortune sans porter atteinte à son honorabilité ou à son intelligence ; mais Auzanet et Bourjon ne sont pas de cet avis (3).

2. La coutume de 1580 exige le sexe masculin ; la coutume de 1510 était muette. Cette innovation de la coutume réformée, qui est contraire aux idées canoniques, est due à l'influence du droit romain ; on considère la fonction de témoin comme un *munus publicum* dont les femmes doivent être exclues (arrêt du 8 mai 1598) (4). Aussi, Ricard (5) n'admet cette exclusion que dans les coutumes expresses, et veut qu'en l'absence de textes, le témoignage des femmes soit admis, comme il l'était en justice ainsi que dans les codicilles romains dont les testaments coutumiers ne sont que l'imitation. Son opinion n'eut plus de défenseurs au XVIII^e siècle ; les idées romaines l'emportent chez Lamoignon, Auzanet, Laurière, Ferrière et Pothier (6) qui con-

(1) Ricard, I, n° 1580.

(2) Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n° 5.

(3) Ferrière, 1^o c° ; — Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris : — Bourjon, 1^o c°.

(4) Charondas, « Mémorables observations », V^o Testament ; « Pandectes », liv. III. chap. 1 ; — Voyez note sous Loysel, « Institutes », liv. II, tit. IV, n° 301.

(5) Ricard, I, n° 1596.

(6) Lamoignon, « Arrêtés », tit. 50, n° 71⁺ — Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n° 11 ; — Laurière, sur l'art. 289 ; — Pothier, « Introduction », 1^o c° ; « Traité des donations », 1^o c°.

sidèrent les fonctions du témoin instrumentaire comme un « office viril. »

3. L'ancienne et la nouvelle coutume de Paris sont d'accord pour interdire de prendre un légataire comme témoin. L'on a craint que le testament ne soit en ce cas entaché de suggestion ; d'ailleurs, le légataire peut assister à la confection de l'acte comme simple spectateur.

Le droit romain ignorait cette défense : Justinien avait seulement prohibé de recourir au témoignage de l'héritier institué. Mais en droit coutumier, Beaumanoir déclare déjà au chapitre 12 de son ouvrage que les témoins « doivent être tels qu'ils n'aient nul profit au testament ; s'ils attendaient y avoir profit, leur témoignage ne vaudrait rien » ; même dans les coutumes muettes, les témoins ne purent rien recevoir comme legs (1).

L'exécuteur testamentaire, à condition de ne se voir attribuer aucun legs, peut fournir son témoignage. De même, le curé dont l'église bénéficie d'une disposition (2).

Si le testateur donne quelque chose à l'un des témoins, dans la pure doctrine coutumière, on décide que le témoin doit être considéré comme incapable, donc inexistant ; de sorte que ce n'est pas seulement le legs qui lui est fait qui se trouve nul, c'est tout le testament parce qu'il y manque un témoin ; si, par exception, l'on avait eu recours à un témoignage de plus qu'il n'en fallait, tout l'acte resterait valable, y compris la disposition faite au témoin ; tel est l'avis de Dumoulin, Ricard, Duplessis, Laurière et Ferrière (3).

(1) Charondas, Commentaire sur l'art. 289 ; — Ricard, I, nos 541 et suiv.

(2) Laurière, sur l'art. 289 ; — Pothier, « Introduction », chap. 1, n° 14 ; — Ricard, I, n° 554 et 555.

(3) Ricard, I, n° 543 et suiv. ; — Duplessis, 14, 3, 2, 3, 1 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n° 20 ; — Laurière, sur l'art. 289.

En cas de reconnaissance notariée d'un testament olographe, la reconnaissance sera seule annulée et l'acte olographe subsistera.

Cette annulation du testament entier était très logique mais fort rigoureuse. Lamoignon et Auzanet voulurent apporter un tempérament à la rigueur du droit, et l'art. 71 de leurs arrêtés est ainsi conçu : « Si le témoin est légal, le legs est nul et pour le surplus le testament est valable. » La jurisprudence elle-même fut forcée de se modérer dans quelques cas trop excessifs : deux arrêts de la Grand'Chambre, l'un du 15 mai 1648 (1) et l'autre du 29 mars 1677 (2) maintinrent tout le testament y compris le legs attribué au témoin, car la modicité de ce cadeau donnait l'assurance qu'il n'avait pu servir de moyen de corruption ; Ricard approuve cet adoucissement qu'avait préconisé Dumoulin (3).

En général, les auteurs interdisaient également de choisir comme témoins les proches parents d'un légataire, car, dit Ricard, de même que l'on ne permet pas aux parents de l'intéressé de témoigner en sa faveur devant les tribunaux, de même ils ne doivent pas intervenir dans un acte comme témoins instrumentaires ; et il écarte de la sorte la parenté ou l'alliance jusqu'au 4^e degré, c'est-à-dire jusqu'aux cousins germains inclus, par analogie avec ce qui avait été décidé pour les notaires voulant instrumenter en faveur de leur famille (voir plus haut) (4). Duplessis arrête cet empêchement aux parents en ligne directe ; il est nécessaire dans ces limites, parce que, dit-il, les descendants sont des « sui » et par conséquent sont représentés par leurs

(1) Sœfve, t. I, centurie 2, n° 86 ; — Ricard, I, n° 552.

(2) Ricard, I, n° 546 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n° 21.

(3) Ricard, I, n° 550.

(4) Ricard, I, nos 1593 et 1594.

pères ou aïeuls dont ils sont les héritiers nécessaires ; il n'y a aucune raison d'aller plus loin (1) ; le raisonnement n'est pas très heureux. Bourjon se rallie à l'opinion de Ricard et écarte jusqu'aux cousins germains, mais il n'admet que la nullité du legs et non celle de tout le testament (2). Lemaître, Pothier et Merlin n'admettent aucune nullité de ce genre en l'absence de texte (3).

Les témoins peuvent être parents entre eux (4).

Aucun texte ne leur interdit non plus d'être parents du testateur. Auzanet aurait voulu écarter le conjoint, les parents jusqu'au 4^e degré et les domestiques ; Domat se contente d'exclure le père, le fils et le frère du disposant ; Ferrière, les enfants ; Merlin ne veut d'aucune prohibition en l'absence de texte (5).

4. L'art. 289 de la coutume de Paris n'admet que les témoins âgés de 20 ans accomplis. On se demanda longtemps quel devait être le critérium à appliquer dans les coutumes muettes ; un arrêt de la Grand'Chambre, du 2 juillet 1708 (6), déclara qu'il fallait suivre la coutume de Paris et non le droit romain qui se contentait de la puberté (14 ans). Auzanet aurait voulu porter cet âge à 25 ans (7).

5. Les témoins doivent être connus (8) ; on doit indiquer leurs qualités et demeure dans l'acte, de manière

(1) Duplessis, 1^o c^o.

(2) Bourjon, 3, 9, 2, 2, 35.

(3) Lemaître, sur l'art. 289 de la coutume de Paris ; — Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 3, § 3 ; — Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Témoin instrumentaire, II, n^o 16 et suiv.

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose 4, n^o 15 ; — Merlin, 1^o c^o.

(5) Denisart, « Décisions », V^o Testament, n^o 74 ; — Auzanet, « Mémoires et réflexions », p. 89 et suiv. ; — Merlin, 1^o c^o.

(6) « Journal des audiences », t. V, liv. VIII, chap. 26 ; — Duplessis, 1^o c^o.

(7) Auzanet, Commentaire de la coutume de Paris.

(8) Ricard, I, n. 1607 ; — Merlin, 1^o c^o.

que leur individualité soit bien déterminée (arrêt Grand'-Chambre, 6 septembre 1778). Il est inutile qu'ils soient domiciliés dans le lieu où l'acte est passé (arrêt du 29 août 1746) (1).

Ils doivent comprendre la langue dans laquelle s'exprime le disposant : c'est du moins l'avis de Ricard, de Ferrière et de Bourjon (2).

Il est inutile qu'ils soient requis expressément de participer à l'acte (3).

On n'exige pas d'eux qu'ils sachent signer à peine de nullité (voir plus haut ce qui a été dit à propos de la signature dans les testaments notariés) ; Lamoignon et Auzanet (4) voudraient une réforme du droit sur ce point et d'Aguesseau suivra leur avis en 1735. La capacité des témoins est requise lors de la confection du testament et à ce moment uniquement (5).

Lorsqu'un témoin est incapable, mais qu'il est réputé capable par tout le monde, il y a lieu d'appliquer la maxime « Error communis fit jus » et de valider le testament (arrêt du Parlement de Dijon, du 3 février 1656) (6).

L'incapacité d'un témoin ne se présume pas ; c'est à celui qui attaque à la prouver.

Le témoin qui vicie l'acte par sa faute est susceptible de se voir condamner à des dommages-intérêts et, en cas de faux, peut être poursuivi criminellement.

(1) Denisart, « Décisions », V^e Testament, n^o 75 ; — Merlin, l^o c^o.

(2) Ricard, I, n^o 1604 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 4, n^o 10 ; — Bourjon, 3, 9, 2, 2, 37 ; — Merlin, l^o c^o.

(3) Ferrière, sur l'art. 289, glose 4, n^o 16.

(4) Lamoignon, tit. 50, arrêté 71 ; — Auzanet, « Mémoires et réflexions », p. 89.

(5) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1 ; — Ricard, I, n^o 1608 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 4, n^o 25.

(6) Charondas, « Pandectes », l^o c^o ; — Ferrière, l^o c^o ; — Bourjon 3, 9, 2, 2, 37 ; — Merlin, l^o c^o.

§ 2. — Ouverture et publication des testaments.

A) *Ouverture des testaments.*

La coutume ne parle pas de l'ouverture des testaments au décès du disposant. Un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 20 mars 1708 (1), déclare qu'il faut suivre les prescriptions du droit romain (Digeste, livre XXIX, titre III, *testamenta quemadmodum aperiuntur, inspiciantur et describantur*).

Voici comment l'opération avait lieu à Paris. Il faut distinguer si le testament est déjà ouvert — ou s'il est clos et scellé ; la présence du juge n'est nécessaire que dans le second cas — en théorie du moins.

1. Le testament est ouvert.

Il n'y a aucune nécessité d'aller devant le magistrat pour que ce dernier procède à son ouverture et en dresse une description, car il n'est pas possible d'ouvrir ce qui est ouvert et il est inutile de décrire ce qui est public.

Il suffit de déposer l'acte chez un notaire qui devra le montrer à tout intéressé (2) et en délivrera des expéditions. Ce dépôt, qui peut être fait par tout détenteur, n'est pas requis pour la validité du testament ni pour son exécution. C'est ainsi que dans l'ancien temps, le disposant déposait souvent de son vivant ses volontés entre les mains d'ecclésiastiques chargés de les faire exécuter à son décès (3) ; l'art. 290 de la coutume de Paris empêcha cet usage.

(1) Denisart, « Actes de notoriété », p. 337 : — Ferrière, « Compilation », tit. XIV, § 4, n^{os} 13 à 19.

(2) Le juge pourra l'y contraindre, de même qu'il peut y contraindre tout héritier qui garderait un testament (Charondas, « Grand Coutumier », 2, 40).

(3) Louet, lettre N, sommaire V, n^o 7.

On a l'habitude de faire cette remise au notaire pour qu'il en reste une minute et pour que sa conservation soit assurée. D'ailleurs, elle sera souvent déjà faite au décès du testateur ; il en sera ainsi pour tout testament notarié dont il aura été passé minute, le notaire ayant gardé la minute — et pour le testament olographe que le testateur aura remis à un notaire de son vivant pour en assurer la conservation et en empêcher la suppression par des héritiers peu délicats ; de même, les actes reçus par les curés et passés en minute, ont dû être déposés au greffe qui les conservera en place des notaires, et délivrera les expéditions ; le dépôt n'est nécessaire que pour les testaments authentiques passés en brevet, et pour les testaments olographes ou de forme exceptionnelle, gardés par le testateur ou un particulier.

Lorsqu'un notaire trouve un testament ouvert dans un inventaire fait par lui, il note sa trouvaille dans son procès-verbal d'inventaire et garde l'écrit (1). Mais lorsqu'il y a eu scellé après le décès, la levée des scellés est faite à Paris par un commissaire au Châtelet (2) ; ces commissaires au Châtelet, qui ont des fonctions un peu analogues à celles de nos commissaires de police, sont également chargés d'apposer et de lever les scellés et d'en dresser procès-verbal ; lorsqu'ils trouvent un testament ouvert en faisant cette levée de scellés, ils doivent l'énoncer et le

(1) Louis XIV créa en 1702 dans toute la France, sauf à Paris, des commissaires et des greffiers aux inventaires, pour faire et écrire les inventaires ; ces offices publics créés pour procurer de l'argent au fisc furent supprimés en 1714 ; ces commissaires, s'ils trouvaient un testament, devaient le remettre à un notaire.

(2) Voyez sur ces commissaires au Châtelet dont l'origine remonte aux Carolingiens mais dont l'institution fut remaniée par deux édits du 4 février 1521 et juin 1586. Isambert à propos de l'édit de juin 1586.

décrire sur leur procès-verbal, et après l'avoir paraphé, le remettre immédiatement au notaire qui s'en charge sur ledit procès-verbal pour le mettre au rang de ses minutes et en délivrer des expéditions (deux arrêts des 13 et 21 février 1668 ordonnèrent qu'un notaire qui s'était saisi d'un testament ouvert, trouvé sous des scellés, devrait le rapporter pour être paraphé par le commissaire, et se charger de cet acte sur le procès-verbal de scellés; — Voyez aussi une sentence du Châtelet, rendue entre les notaires et les commissaires au Châtelet, le 25 avril 1716).

Pour tout acte déjà ouvert, on pouvait donc se passer du juge. En fait, on était néanmoins très souvent obligé de recourir au tribunal — surtout dans le ressort du Châtelet de Paris. Le testament authentique était exécuté immédiatement à moins qu'il n'y eut inscription de faux admise par la justice; en ce cas, son exécution restait parfois en suspens (voir plus haut), mais les légataires pouvaient toujours prendre des mesures conservatoires (séquestre du mobilier, etc.) ; l'héritier ab intestat, qui s'était inscrit à tort en faux perdait le bénéfice de tout legs auquel l'acte qu'il avait attaqué lui donnait droit (1).

Mais le testament olographe n'était exécutoire que si son écriture n'était pas déniée par les héritiers ab intestat. Selon ce principe, les légataires auraient donc dû pouvoir demander la délivrance de ce qui leur était accordé dès l'instant où l'héritier reconnaissait cette écriture comme exacte et même lorsqu'il ne la contestait pas, son silence devant être admis comme une reconnaissance tacite; telle est la règle établie par l'art. 3 de l'édit de décembre 1684 sur la procédure. L'usage du Châtelet de Paris était tout différent; sous le prétexte que le légataire devait justifier d'un titre absolument inattaquable, ce tribunal ordonnait

(1) Bourjon, 3, 9, 5, 12, 3.

la vérification de l'écriture, même si l'héritier ne la déniait pas et s'il en admettait l'exactitude par son silence ; cette vérification était naturellement aux frais du légataire puisque c'était à lui à justifier de son droit, il ne pouvait auparavant que prendre des mesures conservatoires ; dès le décès du disposant, il devait d'abord porter l'acte au greffe et demander la permission de faire assigner les héritiers pour voir vérifier le testament (1) ; un tel usage occasionnait des frais inutiles et était contraire à un arrêt du Parlement du 24 mai 1661 (2) ; aussi tous les auteurs le critiquent (3).

La vérification d'écritures ne devenait hors de propos pour les dispositions olographes que lorsque le de cujus avait déposé son acte de son vivant chez un notaire et avait en même temps reconnu par écrit notarié que cet acte était entièrement rédigé et signé de sa main ; cette reconnaissance authentique (qui était, comme nous l'avons vu plus haut, obligatoire pour tout disposant entrant dans les ordres), donnait au testament autant d'authenticité que s'il avait été passé devant notaires. Mais le simple dépôt chez un notaire, sans reconnaissance formelle, ne suffisait pas.

2. Si le testament est clos, le ministère du juge est nécessaire (4) (Ulpien, au Digeste, livre 29, titre 3, 4). A

1) Voyez l'arrêt du 24 mai 1661 ci-dessous ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose, 1, n° 16.

(2) « Journal des audiences », t. II, liv. I, chap. 27.

(3) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 46 ; — Bourjon, 3, 9, 2, 1, 3 et 3, 9, 5, 12, 1 et 2 ; Pothier, « Introduction... », chap. I, n° 10 ; — « Traité des donations », chap. I, art. 1, § 3 ; — Merlin. 1° c°, p. 567 et 569.

(4) Denisart, « Actes de notoriété », p. 337, qui cite un acte du 20 mars 1708 ; — Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 147 à 149 ; — Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. I.

Paris, ce magistrat était le lieutenant civil du Châtelet ; en province, c'était d'ordinaire le juge du roi, mais parfois le juge seigneurial ; ici encore l'autorité royale essaya de restreindre les pouvoirs des seigneurs (1). Les actes de dernière volonté des membres du Parlement de Besançon devaient être ouverts devant cette Cour (2).

N'importe qui peut contraindre le magistrat à procéder à l'ouverture du testament d'un défunt (Gaius, au Digeste, 29, 3, 1). Cette opération doit avoir lieu devant la personne qui a apporté l'acte et tous les intéressés qui se présentent ; il faut appeler les témoins pour qu'ils viennent certifier qu'ils reconnaissent bien l'écrit comme étant celui auquel ils ont collaboré. Le juge, dans un procès-verbal d'ouverture, dresse une description du testament ainsi que de l'enveloppe dans laquelle il se trouvait et des cachets qui le fermaient ; il constate également si les cachets sont bien intacts : de telle sorte que toutes les personnes qui ont assisté à la confection initiale des dispositions et qui n'assistent pas à l'ouverture puissent les reconnaître par la suite. Le magistrat ordonne enfin que cet acte sera déposé aussitôt chez un notaire qui se chargera de le conserver et d'en délivrer des expéditions.

Si l'on présente au juge un testament dont il n'est pas certain que l'auteur soit mort, le magistrat ne doit ni l'ouvrir, ni le décrire, ni le montrer avant de s'être assuré du décès du disposant.

Si sous un scellé après décès on trouve le testament d'un tiers, qui avait été déposé chez le défunt, le juge doit en prendre connaissance sans montrer ni les cachets, ni l'écrit.

(1) Voyez deux lettres significatives de d'Aguesseau écrites en 1736 au procureur général près le Parlement de Besançon « Œuvres, » t. IX, lettres n° 314 et 328.

(2) Denisart, « Actes de notoriétés », 1^o c° ; — « Décisions », 1^o c°.

ture, ni les dates à qui que ce soit, et ne procéder à l'ouverture solennelle qu'après s'être assuré de la propre mort de son auteur ; si cet auteur est encore en vie, le magistrat lui remettra le testament cacheté du sceau de son tribunal sans en faire lecture.

Si le commissaire au Châtelet trouve un testament clos en levant les scellés d'un défunt, il ne le remet pas *de plano* au notaire chargé de l'inventaire, il s'en charge personnellement sur son procès-verbal et le porte au juge qui s'enquerra, secrètement et de la manière sus-énoncée, de ce qu'il contient. Il en serait de même d'un notaire qui trouverait un testament clos en dressant un inventaire. L'acte sera rendu au notaire après l'ouverture en justice si le disposant est bien mort.

Si quelqu'un prétend qu'un acte de dernière volonté a été détruit ou caché, le juge doit permettre la preuve des faits avancés. Si un individu convient qu'il détient un testament et s'il se refuse à le montrer, le juge permet de l'actionner et le condamnera à des dommages-intérêts qu'il devra évaluer (ce qui sera difficile).

A Paris, le lieutenant civil avait coutume de parapher tous les testaments qui lui étaient présentés ; il dressait son procès-verbal d'ouverture constatant l'état dans lequel se trouvait la pièce qu'il ouvrait, et à la suite, rendait une ordonnance indiquant le nom du notaire qui devait recevoir le dépôt du testament. Les minutes de ce procès-verbal et de cette ordonnance étaient conservées par le lieutenant civil lui-même si le testament lui avait été apporté par un notaire ou une personne privée ; si c'était un commissaire au Châtelet qui l'avait requis de procéder à l'ouverture, ces minutes se transcrivaient à la suite de celle du procès-verbal d'apposition et de levée de scellés que conservait le commissaire.

Suivant un arrêt de règlement du 3 février 1691, le lieu-

tenant civil en ouvrant les dispositions cachetées ou en paraphant les testaments olographes, doit mentionner les dons faits aux hôpitaux et aux pauvres dans son procès-verbal, dont il remet un extrait au procureur du roi qui se charge de le faire parvenir au procureur général qui poursuivra l'exécution du legs (1).

Notons que l'ouverture d'un testament olographe clos par le lieutenant civil ne dispense pas les légataires de procéder à la vérification de l'écriture du défunt dont nous avons parlé plus haut.

B) *Contrôle et insinuation.*

Dans certaines coutumes, dès le xvi^e siècle, on avait l'habitude de faire insinuer et publier les dispositions de dernière volonté dans un jugement pour en conserver trace et surtout pour tirer des revenus du droit fiscal qui était perçu en échange : le légataire ne pouvait recevoir son legs auparavant ; c'est ainsi que Dumoulin nous parle de cet usage certainement importé du droit romain dans son commentaire sur la coutume de Berry (2) ; Charondas admet que lorsqu'un testament a été ainsi recopié sur les registres du greffe, cette copie peut servir de preuve en cas de perte de l'original (3). Mais cette insinuation n'était pratiquée que dans les coutumes voisines des pays de droit écrit ; dans la législation purement coutumière, l'on insinuait que les donations entre vifs, les substitutions et non les testaments ordinaires (voyez l'art. 237 de l'ancienne coutume d'Orléans).

Le contrôle et l'insinuation des testaments n'apparaissent

(1) Denisart, « Décisions », V^o Testament, n^o 148.

(2) Dumoulin, sur l'art. 19 du chap. 18 de la coutume de Berry.

(3) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. I ; Réponses, liv. X réponse 62 (Arrêt 10 décembre 1598).

qu'à la fin du xvii^e siècle, lorsque les guerres de Louis XIV eurent creusé un gouffre dans le budget qu'il fallut essayer de combler par toutes sortes d'impôts nouveaux.

Ces deux opérations donnèrent une certaine publicité aux testaments et permirent d'en conserver une trace utile en cas de perte de l'original ; l'autorité royale essaya de les faire passer pour une mesure d'intérêt général (1), mais en réalité n'y chercha guère qu'une ressource pécuniaire.

1. Un édit rendu à Blois, par Henri III, en juin 1581, créa un bureau de contrôle des actes extra-judiciaires en chaque siège royal et ordonna d'enregistrer tous les contrats transmettant un droit réel ainsi que les testaments dans les deux mois du décès du testateur ; l'enregistrement des testaments devait avoir lieu à peine de nullité et sous la responsabilité des notaires s'il y avait lieu. Cet édit ne fut exécuté qu'en Normandie où il fut confirmé par un autre édit d'Henri IV, de juin 1606 (2). Partout ailleurs on ne fit au xvii^e siècle ni publication à l'audience, ni dans les registres des greffes, ni d'aucune autre façon (3).

2. Un édit du mois de mars 1693, rendu à Versailles, établit le contrôle des actes notariés (4). Les notaires et tabellions royaux, seigneuriaux ou apostoliques sont assujettis à faire contrôler tous les actes reçus par eux dans la quinzaine de la signature et ne peuvent délivrer ni brevet, ni expédition auparavant. Les testaments sont exemptés de cette formalité, qu'ils restent entre les mains du notaire ou qu'ils soient remis aux particuliers ; mais cette excep-

(1) Préambules des édits de 1693 et 1703.

(2) Cf. « Préambule de l'édit de Versailles de mars 1693 ».

(3) Cf. un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 29 décembre 1684 : Denisart, p. 35.

(4) Denisart, « Décisions », V^e Contrôle, n^{os} 26 à 32.

tion ne dure que pendant la vie du testateur ; après le décès, le notaire ne peut délivrer aucune expédition des testaments qui ont été déposés entre ses mains (peu importe qu'ils soient authentiques ou olographes) sans que la minute ne soit contrôlée et, dans le cas exceptionnel où les minutes n'auraient pas été remises à un notaire, l'acte ne pourra recevoir aucune exécution qu'il n'ait été procédé à cet enregistrement. Les actes de dépôt des testaments sont également exempts du contrôle du vivant du testateur (Décision du Conseil du 29 août 1720) (1).

La formalité du contrôle consiste dans un simple enregistrement sommaire sur un registre et une mention sur l'acte ; le contrôleur perçoit un droit (fixé par l'édit de 1693, modifié les 20 mars 1708 et 29 septembre 1722) et signe cette mention. Toute cette procédure a surtout un but fiscal ; au début, des offices de contrôleurs furent créés, mais on les supprima et les droits de contrôle furent unis à la ferme générale des impôts ; les commis des fermiers devaient d'abord prêter serment devant la justice. Les notaires du Châtelet de Paris, qui ne furent assujettis à cet impôt que le 29 septembre 1722, s'en firent dispenser à compter du 1^{er} janvier 1724. Certaines provinces se rachetèrent également de cette nouvelle charge pécuniaire. Le testament n'étant mentionné que sommairement par le contrôleur sur ses registres, le contrôle ne peut servir à remplacer un original égaré.

3. Le contrôle fut renforcé par un édit rendu à Versailles en décembre 1703 (2) ; cet édit parle désormais d'insinuation des testaments ; cette insinuation toute fiscale ou

(1) Denisart, « Décisions », V^o Contrôle, n^o 43.

(2) Voyez Denisart, « Décisions », V^o Insinuation, n^{os} 9 à 17 et n^o 43 ; — « Notoriétés », notes sous un acte du 29 déc. 1684, p. 35 ; — Merlin, 1^o c^o, p. 640.

bursale ne se fait que par extraits sommaires, et a pour principal intérêt de procurer de l'argent au trésor ; son défaut ne provoque pas la nullité de l'acte, mais entraîne une amende ; il faut donc la rapprocher du contrôle et non de l'insinuation des donations entre vifs et des substitutions — dite insinuation légale — qui était conçue dans un but de publicité, nécessaire à peine de nullité de toute l'opération juridique, et qui consistait dans une reproduction intégrale de l'acte. L'édit de 1703 porte que tout legs fait par testament ou codicille, doit être insinué à la diligence des exécuteurs testamentaires ou des héritiers, sauf à répéter les sommes payées sur les légataires en déduction des legs — et à défaut de ces personnes, à la diligence des légataires ou donataires à cause de mort qui ne pourront obtenir auparavant la délivrance des libéralités dont ils bénéficient. L'insinuation doit se faire au lieu de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire au domicile du testateur lors de son décès ; les legs immobiliers devaient, en outre, être inscrits à l'endroit où était situé le bien donné, de telle sorte que les immeubles étaient passibles d'un double droit : une déclaration de 1704 supprima pour eux la première insinuation.

Une déclaration royale du 19 juillet 1704 complète l'édit précédent et vient renforcer les dispositions contre ceux qui cherchent à se soustraire à ce nouvel impôt. L'exécuteur testamentaire, l'héritier ou le légataire universel qui auront acquitté un legs avant de le faire insinuer et de payer la somme due, seront redevables du double droit et en répondront sur leurs biens personnels ; ils doivent faire insinuer tout le testament (arrêt du Conseil du 17 octobre 1721) ; le successeur à titre particulier ne doit faire insinuer que son legs. Mais on ne peut faire insinuer de force des dispositions dont personne ne réclame l'exécution. Tout acte non enregistré ne produira aucun effet en jus-

tice et ne pourra être énoncé par les notaires, greffiers ou autres personnes publiques dans leurs actes (1). Mais il n'est pas nul, il suffit de procéder à cette formalité avant de commencer l'inventaire des biens du défunt ; le notaire ou le tabellion portera le ou les testaments au greffier *ad hoc*, qui en prendra les copies ou les extraits qu'il jugera nécessaires, et visera l'acte gratis, puis l'insinuera ; le notaire doit mentionner ce visa dans l'intitulé de l'inventaire, à peine de nullité de cet inventaire et d'une amende du triple droit (sans compter les dommages et intérêts à l'égard des parties en raison de cette nullité). Les huissiers ne peuvent instrumenter pour l'exécution d'un testament non insinué, sous peine de voir annuler leur acte et de payer 300 livres d'amende. Le nouveau droit d'insinuation sera, pour les immeubles, de 1 % ; il est réduit de moitié en cas de transmission en ligne directe, un édit du 2 août 1707 le supprime même tout à fait dans ce cas (2).

Des greffes des insinuations furent créés auprès de chaque justice royale ; leurs titulaires sont exempts d'impôts et sont indépendants du greffier du tribunal, ils peuvent commettre sur simples procurations dans leur ressort des employés dont ils demeureront civilement responsables et qui doivent prêter serment en justice. Ces offices furent supprimés bientôt et adjoints à la ferme générale ; d'ordinaire, le commis du fermier chargé du droit de contrôle était en même temps greffier des insinuations, il était assermenté au serment ; une déclaration du 17 février 1731 (3) décida qu'il devrait y avoir un bureau par siège royal, que

(1) Pothier, « Traité des donations », chap. I, art. 2, § 3.

(2) Denisart, « Décisions », V^o Insinuation, nos 15 et 16. Ce tarif fut maintes fois retouché ; en 1722, les legs de sommes mobilières en faveur de gens de mainmorte pour œuvres pies et ne dépassant pas 300 livres furent exemptés de droits.

(3) Denisart, « Décisions », V^o Insinuation, n^o 17.

le commis prêterait son serment devant le lieutenant général et que ses registres devraient être paraphés par le même représentant du roi.

L'insinuation se faisait au moyen d'une simple mention et ne pouvait servir de preuve en cas de perte de l'original ; car rien ne démontre que l'acte insinué n'était pas faux, le commis enregistrant toutes les pièces qui lui étaient présentées sans se préoccuper de leur validité juridique.

L'insinuation bursale des testaments fut abrogée par l'art. 1 de la loi des 5-19 décembre 1790, qui la remplaça par l'enregistrement (et les droits de succession).

SECTION VI. — Révocation des testaments.

§ 1. — Révocation par écrit.

La révocation d'un testament doit avoir lieu, par écrit, dans les mêmes formes que celles qui sont requises pour sa confection : forme olographe, forme authentique, formes exceptionnelles (1) ; les règles juridiques concernant la révocation sont également de droit public (2).

Il faut suivre la coutume du lieu où l'on se trouve. Un testament fait d'une certaine manière peut être révoqué en se servant d'un autre mode, à condition que cette forme soit valable ; un testament parfait ne peut pas être révoqué par un acte imparfait, même en temps de peste (arrêts du 1^{er} juin 1571 et du 4 juin 1593 (3)).

(1) Charondas, « Réponses », liv. XI, réponse 61 ; — « Journal des audiences », t. V, liv. I, chap. 32, à propos de l'affaire de la Pivardière.

(2) Charondas, « Réponses », liv. III, réponse 49.

(3) Charondas, « Mémoires observations », V^o Testament « Pandectes », liv. III, chap. VIII.

Toutefois, le droit coutumier se montra très bienveillant à l'égard des testateurs désireux de supprimer leurs dispositions pour en revenir à la succession ab intestat ; il encourage ceux qui veulent laisser leur fortune à leur famille. Ainsi, une révocation imparfaite, qui avait pour résultat de rendre aux enfants du disposant des biens dont ils avaient été frustrés au profit d'étrangers, fut validée par arrêt de la Pentecôte 1571, rendu sous la présidence du Président Séguier (1) ; un arrêt du 27 juin 1588 admet même une révocation imparfaite en faveur d'autres héritiers légitimes, sous le prétexte qu'il y avait plus de dix ans que le premier testament avait été fait (il y a là une marque bien évidente de l'influence romaine et de l'annulation décennale des testaments) (2). Auzanet va plus loin encore et prétend qu'une révocation écrite d'une main étrangère, mais signée du disposant, est valable si elle a pour but de revenir à la dévolution de la loi coutumière, et il cite un arrêt du 29 mai 1608 (voyez aussi Paris, 15 juin 1617) (3) ; Ricard accepte tout acte révocatoire pourvu que la volonté de son auteur soit certaine et écrite (4).

Aucune révocation ne peut être nuncupative, car l'on n'admet pas de testament oral (arrêt du 6 juin 1596) (5). Seule la suppression faite par un tiers d'un acte révocatoire peut être prouvée par témoins, car il s'agit alors de faire la preuve d'un fait et non d'un acte juridique (arrêt du 17 janvier 1651) (6).

(1) Charondas, « Réponses », liv. 8, réponse 59.

(2) Charondas, « Pandectes », 1^o c^o.

(3) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris ; « Arrêts », liv. II, chap. 57.

(4) Ricard, III, n^o 121 et suiv.

(5) Charondas, « Pandectes », 1^o c^o ; — « Journal des audiences », c^o ; — Louet, lettre T, sommaire 12, n^o 1.

(6) Sœfve, t. I, centurie IV, chap. 71.

Lorsqu'un testament qui révoque des dispositions précédentes ne peut être exécuté par suite de l'incapacité des légataires, ces dispositions antérieures ne reprennent pas leur force (arrêt du 9 avril 1669) (1) ; la jurisprudence préfère favoriser les héritiers du sang.

La révocation générale de tous legs comprend même les legs pitoyables (arrêt du 8 mars 1576) (2).

§ 2. — Révocation par suppression de l'acte.

Un testament est également révoqué lorsque le disposant en détruit l'original ; cela lui est très facile pour la forme olographe ; quant à l'acte authentique, nous avons vu qu'il pouvait en réclamer la minute à la personne publique qui l'a rédigée.

Il suffit que l'écrit soit entièrement raturé, si la rature est de la main du testateur ou a été faite par son ordre (arrêts du 14 avril 1620 et du grand Conseil du 9 décembre 1692) (3). Lorsqu'il y a plusieurs originaux, tous doivent être raturés.

§ 3. — Autres modes.

Un deuxième testament ne révoque pas de plein droit un acte antérieur en droit coutumier ; autant que possible, on les concilie (voyez toutefois un arrêt du 28 novembre 1619) (4).

La coutume n'admet pas en général la révocation pour

(1) Louët, lettre T, sommaire IX. n° 12.

(2) Charondas, « Réponses », liv. IV réponse 19.

(3) Auzanet, « Arrêts », liv. III, chap. 18 ; — Louët, lettre T, sommaire X. n° 19 ; — Ricard, III, n° 134 et suiv.

(4) Bourjon, 3, 9, 2, 2, 57 et 58 ; — Auzanet, « Arrêts », liv. III, chap. I.

survenance d'enfants (voyez toutefois 6 août 1641) (1). Auzanet en est partisan pour le cas de naissance d'un posthume, si le disposant n'y fait pas allusion dans son testament, car il a pu ignorer cette naissance et n'a pas entendu priver de ses biens un héritier en ligne directe (2).

L'écoulement d'un laps de dix ans depuis la confection du testament n'influe pas non plus sur sa validité (3).

La mort civile, par suite de l'entrée dans les ordres, ne révoque pas un testament antérieur ayant date certaine ; il n'en est pas de même en cas de peine criminelle et infamante (4).

Pour empêcher toute suggestion pendant la dernière maladie, Auzanet voulait annuler tout acte révocatoire rédigé moins de huit jours avant le décès de son auteur (5).

Un testament révoqué, mais non détruit matériellement, peut être rétabli par un codicille où le disposant déclare vouloir en revenir aux clauses qui y sont contenues sans qu'il soit nécessaire de répéter ces clauses une par une ; il ne faut point établir de point de comparaison avec la confirmation d'un testament nul dès son origine ; ici l'acte existe toujours en lui-même, il survit à l'état latent et il suffit d'un retour de volonté pour réparer la blessure qu'un changement de volonté lui avait causé (arrêt du 22 mai 1697) (6).

(1) Louët, lettre T, sommaire IX, n° 15 ; — Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 5.

(2) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris ; — Voyez Ricard, III, n° 150.

(3) Lamoignon et Auzanet, « Arrêtés, titre des testaments », n° 73. Auzanet ne se montre pas hostile à un changement ; — Ricard, III, n° 141 ; — Ferrière, l° c°, n° 18.

(4) Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 5.

(5) Auzanet, Commentaire sur la coutume de Paris.

(6) D'Aguesseau, « Œuvres », t. IV, 46^e plaidoyer ; — Voyez Ricard, III, n° 164 et suiv.

§ 4. — De la clause dérogatoire.

Le testament est un acte révocable par essence, et cette révocabilité est de droit public. Le testateur ne peut jurer de ne rien changer à ses dispositions, ce serment est nul aux yeux des autorités laïques. Le seul tempérament admis en droit coutumier fut la clause dérogatoire.

Le disposant déclare, en dressant ses dernières volontés, que l'acte qu'il établit ne devra pas être révoqué par les testaments qu'il pourra faire postérieurement, à moins qu'il n'y répète une phrase de son choix ; très souvent, cette phrase était une parole chrétienne attestant la foi du déclarant : « en Dieu je me console », « Mon Dieu, ayez pitié de moi », « Seigneur, que vos jugements sont admirables », « Credo in Deum », etc.

Tout testament postérieur sera nul et laissera subsister l'acte où se trouve la disposition dérogatoire s'il ne mentionne pas expressément la clause en question ; une simple révocation générale de toutes dispositions antérieures ne suffirait pas (arrêt de la 4^e Chambre des enquêtes du 20 mai 1580, du 30 mai 1596, 28 août 1599, 4 mai 1623, 17 juillet 1641, 30 juillet 1624, de la Grand'Chambre du 1^{er} mars 1689, de la 4^e Chambre des enquêtes du 12 août 1719, du 19 mai 1650) (1). Même les legs pieux ne sont pas maintenus (30 juillet 1624) (2).

Suffit-il qu'il soit fait allusion à la clause dans le second

(1) Charondas, « Réponses », liv. 12, réponse 47 ; « Mémoires observables », V^e Testament ; « Pandectes », liv. III, chap. VIII ; — Louët, lettre T, sommaire 9, n^{os} 1 et 2 ; — « Journal des audiences », t. IV, liv. 4, chap. 9 ; t. VII, liv. 2, chap. 41 — t. VII, supplément, liv. I, chap. 628 ; — Sæfve, t. I, centorie 3, chap. 38.

(2) « Journal des audiences », t. VII, supplément, liv. I, chap. 28.

testament ou doit-elle y être répétée mot à mot ? Les opinions sont partagées.

Certains auteurs (1) prétendent qu'il est possible de révoquer tous les testaments antérieurs et toutes les clauses déroatoires qui y étaient portées, sans les répéter, à condition d'y faire allusion. Un défaut de mémoire, disent-ils, ne peut priver quelqu'un de la faculté de tester ; et quelques arrêts viennent appuyer cette façon de penser ; ainsi, une décision du 12 mars 1654, valide un acte révocatoire où le testateur dit qu'il avait mis dans ses dispositions antérieures certains mots latins et français dont il ne se souvenait plus et qu'il révoquait en même temps que toutes autres dispositions (2) (mais un arrêt du 19 mai 1650 avait décidé tout l'opposé dans un cas analogue) (3) ; un arrêt du 7 mars 1644 estime qu'une clause déroatoire est suffisamment révoquée lorsqu'elle est mentionnée sans être répétée mot pour mot (4).

Selon d'autres, il faut que la clause figure dans le nouveau testament, textuellement et sans aucun changement ; c'est l'avis de Charondas et de Choppin, appuyés par des arrêts du 14 janvier 1656, 18 juillet 1673 et du 19 mai 1650 (5).

La clause déroatoire était surtout inventée pour prévenir les suggestions de la dernière heure ; le testateur n'annulait ses volontés premières qu'à bon escient et pouvait impunément contenter les importuns. Aussi lorsqu'il

(1) Soefve, 1^o c^o et t. 2, centurie 3, chap. 20 ; — Barthole.

(2) « Journal des audiences », t. I, liv. 7, chap. 36 ; t. VII, Supplément, liv. I, chap. 706 ; — Soefve, t. I, centurie 4, chap. 57.

(3) Soefve, t. I, centurie 3, chap. 38.

(4) Louët, lettre T, sommaire IX, n^o 3.

(5) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 733 ; — Soefve, t. II, centurie 1, chap. 8 ; — Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 7 ; — Louët, lettre T, sommaire 9, n^o 13.

s'agissait de révoquer un testament au profit d'un étranger pour en faire bénéficier ses propres enfants, était-il inutile de la mentionner, la famille devant passer avant tout le monde et ne devant pas être suspectée d'intrigues.

Cette faveur fut même étendue des enfants aux neveux (arrêt du 26 mai 1666) (1) ; mais la jurisprudence n'alla pas plus loin ; un arrêt de la Chambre de l'édit du 7 août 1647 annula un second testament sans clause dérogoire, fait au profit de collatéraux (2) ; à plus forte raison, il n'y aurait pas lieu de faire d'exception pour le conjoint du testateur, car le droit coutumier n'entend favoriser que les liens du sang (arrêt du 19 mai 1650) (3).

Si les premières dispositions étaient déjà établies en faveur d'un enfant, le second acte doit toujours faire allusion à la clause même si un autre enfant en est le bénéficiaire (arrêt du 11 mars 1633) (4) ; il n'y a plus de raison de ne pas appliquer la règle puisque, de toute façon, les biens resteront dans la famille.

De même, nous avons vu que les testaments olographes n'étaient guère suspects de suggestion. Un arrêt du 2 mai 1640, de la Chambre de l'édit (5), admet qu'un testament olographe révoquera toute disposition antérieure quoiqu'il ne fasse pas allusion à la clause dérogoire. La solution serait différente si le premier testament devait profiter à la famille et l'acte olographe à des étrangers, car on favo-

(1) « Journal des audiences », t. II, liv. 5, chap. 11 ; — Louët, lettre T, sommaire 9, n° 11.

(2) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, n° 561 ; — Soefve, t. I, centurie 2, chap. 42.

(3) Soefve, t. I, centurie 3, chap. 38.

(4) « Journal des Audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 233 ; — Louët, lettre T, sommaire IX, n° 4.

(5) Soefve, t. I, centurie 1, chap. 10.

rise plus encore les parents du sang que la forme olographe (arrêt du 8 août 1665 appointé) (1).

Lorsque le testateur au moment de son second testament se fait relire l'acte qui renferme la disposition dérogoire et qu'il déclare ensuite révoquer cet écrit, la jurisprudence décide qu'il y a là un vrai rappel spécial de la clause en question et que la révocation est valable (1^{re} Chambre des enquêtes du 11 juillet 1716) (2).

Lorsque la clause a été anéantie valablement une première fois, il est inutile de la mentionner à nouveau dans les testaments suivants (arrêt de la Chambre de l'édit du 11 mai 1640) (3).

Beaucoup de jurisconsultes romanisants faisaient tomber la clause dérogoire au bout de dix ans ; nous n'avons pas d'exemples que le droit coutumier les ait suivis.

Auzanet remarque avec raison que la clause dérogoire n'est qu'un vain formalisme ; elle peut être placée dans un testament entièrement suggéré sous l'influence de tiers intéressés et empêchera alors le disposant de révoquer un acte qui n'émane pas de sa volonté : le résultat atteint est à l'opposé du but proposé ; aussi Ferrière et Auzanet en réclament-ils la suppression (4).

D'ailleurs, elle est une pure création du droit français et repose sur une fausse interprétation du droit romain ; ses partisans prétendent l'appuyer sur deux textes latins : l'un dit qu'au cas où il est fait deux legs distincts à une même personne, le premier legs n'est pas révoqué sauf le cas de révocation expresse, l'autre ordonne que toute disposition *inter liberos* soit révoquée expressément et n'ad-

(1) Soefve, t. II, centurie 3, chap. 60.

(2) « Journal des audiences », t. VI, liv. 7, chap. 53.

(3) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 453.

(4) Auzanet, sur l'art. 289.

met pas pour elle de révocation tacite par la confection d'un testament ultérieur ; ces textes sont en dehors de la question. Aussi Cujas prétend-il que la clause dérogatoire n'existe pas, qu'elle est contraire à la libre volonté et n'est qu'un piège tendu aux testateurs ignorants.

Néanmoins, elle fut admise par tous les Parlements, toujours par crainte des suggestions ; c'est à tort que l'on a affirmé qu'elle n'était possible qu'en droit écrit et non en droit coutumier : on ne cite qu'un arrêt du 4 août 1654 qui la rejette (1), on y ajoute parfois un arrêt du 8 août 1637 et un du 22 février 1665, mais ces arrêts ne sont pas décisifs (2).

Ricard (3) a une manière tout à fait originale d'essayer de justifier la jurisprudence souvent contradictoire sur cette matière, et de la mettre en concordance avec les règles du droit.

La clause dérogatoire, dit-il, est nulle et de nul effet. On se trompe quand on prétend qu'elle s'appuie sur des textes du droit romain. Il est de l'essence du testament d'être révocable *ad nutum*. Mais cette clause peut servir de présomption que le deuxième testament a été suggéré ; les lois la rejettent absolument, il ne reste qu'une simple question de fait, à savoir la suggestion ; s'il est évident que le testateur se souvenait de la disposition dérogatoire et ne l'a pas insérée dans le second acte, c'est que cet acte était suggéré ; si, au contraire, il ne s'en souvenait plus, le second testament peut avoir été fait en toute liberté d'esprit et être valable ; peu importe que l'un ou l'autre écrit soit en faveur des héritiers du sang ou d'œuvres pies ; mais c'est une question de fait que rarement les fils suggèrent un

(1) Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 7.

(2) Louët, lettre T, sommaire 9, n^{os} 5 et 6.

(3) Ricard, III, n^{os} 74 et suiv.

testament à leur père ; donc, un deuxième testament en faveur de la famille, même sans clause révocatoire, sera d'ordinaire valable ; de même, les dispositions olographes sont bien rarement sujettes à suggestion, on comprend donc que si la clause révocatoire n'y est pas insérée, il faudra plutôt présumer qu'il s'agit d'un oubli. Cette explication est très heureuse. Notons cependant que les auteurs du xviii^e siècle restèrent fidèles à l'ancienne doctrine.

CHAPITRE II

LE TESTAMENT EN DROIT ÉCRIT

SECTION I. — Généralités.

I. A la fin du Moyen-Age l'influence canonique a laissé des traces en matière testamentaire dans les pays du Midi ; mais l'Eglise ne jouit plus d'aucune juridiction ni d'aucun pouvoir législatif ; le curé, l'official ou le notaire ecclésiastique ne sont (sauf de rares exceptions) considérés que comme de simples particuliers et ne donnent aucun caractère authentique à la confection ou à l'exécution des dernières volontés (Paris, 14 février 1592) (1).

Par contre, le droit romain dont l'étude reprend une nouvelle vigueur au moment de la Renaissance, acquiert de plus en plus d'influence. Non seulement la loi mais l'esprit romain anime les dispositions testamentaires.

C'est ainsi que du xvi^e au xviii^e siècle, les pays du Midi favoriseront les testateurs, à l'inverse des pays septentrionaux. Comme dit Maynard « au Parlement de Toulouse, on favorise les testaments et à Paris les successions ab intestat » (2). La liberté de tester est considérée comme un des attributs essentiels du citoyen libre ; elle

(1) Papon, « Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France », liv. 20, tit. I, chap. 16.

(2) Maynard, « Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse », t. I, livre 5, chap. 95.

est de droit public et ne peut se perdre par pacte (1) ; on cherche à observer la dernière volonté des malades et même des moribonds, à leur offrir cette consolation (2). La société du Midi, plus instable et plus frivole, ne donna pas à la famille des bases aussi fortes que la société du Nord (la légitime est moins importante que la réserve) ; l'individu n'est pas annihilé dans la cellule familiale ; dans le foyer lui-même, le chef, le *paterfamilias* joue un rôle prépondérant et domine les autres membres.

Il ne faudrait point croire cependant que l'esprit familial n'existait pas ; il était moins accentué que dans les pays septentrionaux, mais il était bien plus vivace qu'il ne l'est de nos jours. Le testament, en même temps qu'il favorisait l'individu, ne nuisait pas à l'esprit de famille tel qu'on le concevait dans le Midi. Alors que dans le Nord l'on recherchait l'égalité entre les frères et sœurs et entre les enfants, le sud de la France se préoccupait surtout du père de famille et de celui qui devait le remplacer, « l'aîné » des fils. Le testament servait très souvent à dépouiller les autres enfants au profit de l'héritier du nom ; le droit coutumier préférait les successions ab intestat qui assuraient une part à tous les enfants ; en droit écrit, au contraire, les auteurs ne cessent de répéter qu'il est utile de protéger les testaments (Paris, 2 décembre 1649) (3).

Le droit de tester était essentiel ; à moins de perdre une partie de sa personnalité juridique (mort civile, condamnation infamante), on ne peut le perdre ni y renoncer par pacte ; tout testament est révocable et peut être remplacé par un autre, et cette faculté de révocation dure jusqu'au

(1) Maynard, t. I, liv. V, chap. 19.

(2) Maynard, t. I, liv. V, chap. 5 et 6.

(3) Sæfve, t. I, centurie 3, chap. 21 ; — Maynard, t. I, liv. 5, chap. 86.

dernier soupir (1). Cambolas permet de faire un acte irrévocable, par exemple une donation, dans un testament (en ce sens, Toulouse, janvier 1593 et 20 juin 1596) (2) ; il ne faut pas s'y tromper; il y a en ce cas réunion de deux opérations juridiques dans la même solennité, mais ces deux opérations doivent être séparées au point de vue de la révocation.

Le droit romain favorise les testaments, mais c'est un droit rigoureux et formaliste ; il exige néanmoins des formes précises pour les dispositions de dernière volonté ; ces formes sont de droit public et ne peuvent être changées par la volonté privée puisque la faculté de tester est une exception à la loi, qui n'est donnée que par l'autorité dans certains cas définis (3) ; cette autorité a beau être pleine de mansuétude, elle peut seule déroger aux lois successorales ; l'ignorance n'est pas une excuse en cas de violation des formes (4).

II. Le droit écrit admet plusieurs formes différentes de testaments. Nous verrons même que malgré les ordonnances royales, il conserva les formes orales en usage à Rome.

Le disposant doit adopter l'un des modes prévus par la loi et s'y conformer jusqu'au bout. Si l'acte de dernière volonté n'est pas parfait d'après le mode choisi par le testateur, peut-il néanmoins subsister si toutes les règles exigées pour une forme différente se trouvent par hasard avoir été suivies ?

(1) Maynard, t. II, liv. 10, chap. 2.

(2) Cambolas, « Décisions notables sur diverses questions de droit jugées par plusieurs arrêts du Parlement de Toulouse », liv. I, chap. 36.

(3) Furgole, « Traité des testaments », chap. 11, Préliminaires — Maynard, t. II, liv. X, chap. 2.

(4) Maynard, t. I, liv. V, chap. 58.

La question est discutée en droit écrit comme en droit coutumier. Mais ici, en général, on admet que le testament peut valoir en une forme autre que celle que le disposant avait voulu employer ; un arrêt du Parlement de Metz, du 12 septembre 1730, et un autre arrêt du Parlement de Dijon, du 1^{er} août 1748 permettent de conserver comme testament olographe un testament mystique dont l'acte de suscription était nul (1) ; la jurisprudence de Toulouse est du même avis (Toulouse, 4 janvier 1605, 15 mars 1631, 22 mai 1632 ; Bordeaux, 5 septembre 1672) (2). Comme dit Furgole, « potius ut valeat quam pereat » (3) ; seul Henrys n'est pas d'opinion contraire : c'est qu'il écrit dans les pays de droit écrit ressortissant du Parlement de Paris et qu'il subit l'influence coutumière (4).

Il faut observer les formes de la coutume du lieu où le testament est passé ; la règle « locus regit actum » est admise en droit écrit sans discussion (Paris, 31 mai 1566, 17 février 1657) (5) ; il n'est point fait d'exception pour le testament passé à l'étranger.

III. Le testament, dans le Midi, est nul s'il n'y a pas une institution d'héritier. Rappelons que la succession d'un défunt ne pouvait être dévolue pour partie aux héritiers ab intestat et pour le reste aux héritiers testamentaires ; le dernier héritier institué ou légataire restant, jouit du droit

(1) Merlin, 1^o c^o, p. 559.

(2) D'Olive, « Questions notables du droit décidées par divers arrêts du Parlement de Toulouse », liv. V ; — Cambolas, liv. III, chap. 46 ; — La Peyrère, « Décisions sommaires du Parlement de Bordeaux », lettre T, n^o 46 ; — Ricard, I, n^{os} 1614 à 1616.

(3) Furgole, chap. 2, sect. 3, n^o 87, *in fine*; chap. 2, sect. 1, n^o 13.

(4) Henrys, t. III, liv. 5, chap. 1, question 3.

(5) Papon, liv. XX, tit. I, chap. I ; — Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 98 ; — Maynard, t. II, liv. VIII, chap. 51 ; t. I, liv. V, chap. 92 ; — d'Olive, liv. III, chap. 25, note 5 ; — Cambolas, liv. IV, chap. 41 ; — Ricard, I, n^o 1292 et suiv.

d'accroissement. Lamoignon et Auzanet projetaient une réforme du droit écrit sur ces deux points (1).

Tout testament peut être rédigé en plusieurs originaux pour permettre de conserver plus sûrement les volontés du disposant ; ces originaux multiples peuvent être déposés en divers endroits (2).

On peut prouver par témoins qu'un acte de dernières volontés a été fait par écrit et a été perdu ou caché (Toulouse, 11 mai 1627). Une fois la perte établie, il est encore possible d'en appeler au témoignage oral pour faire la preuve des dispositions elles-mêmes ; ces témoins doivent déposer non seulement sur le contenu de l'acte, mais sur les solennités accomplies, de manière à permettre au juge de se rendre compte si les règles de forme avaient été respectées (3).

Jusqu'à quel moment l'héritier peut-il attaquer le testament pour vices de formes ? Il faut distinguer : s'il s'agit de legs particuliers, l'héritier (institué ou ab intestat) ne peut les attaquer dès qu'il en a fait la délivrance ou qu'il les a approuvés ; s'il s'agit de l'institution d'héritier, l'héritier ab intestat peut toujours attaquer l'acte même s'il l'a approuvé (4) ; car les legs particuliers seront exécutés autant que possible pour satisfaire à la volonté du testateur, la loi les considérant comme des accessoires, tandis que l'institution d'héritier doit être établie d'après les règles strictes dans l'intérêt de la société et il faut veiller à l'observation de ces règles.

Un testament nul dans sa forme ne peut être validé par un

(1) Auzanet, « Mémoires et réflexions », p. 89 et suiv. ; — Lamoignon, tit. 50, arrêté 61.

(2) Domat, « Les lois civiles dans leur ordre naturel », 2^e part., liv. III, tit. I, sect. I, n^o 17.

(3) Cambolas, liv. V, chap. 41.

(4) Furgole chap. VI, sect. 3, n^o 144.

deuxième testament régulier qui se borne à en ordonner l'exécution sans en rappeler une par une les dispositions ; toutefois, Furgole (1) prétend que la volonté du défunt doit être exécutée comme fidéicommiss. Nous reverrons cette question à propos des codicilles.

Nous allons étudier, séparément, chaque forme de testament ; il y en a deux principales : le testament mystique et le testament oral ; à côté de ces modes ordinaires, on rencontre beaucoup de formes exceptionnelles favorisées par la loi ; le droit écrit ne cherchait pas à en réduire le nombre malgré les instances de Lamoignon, qui souhaitait les voir toutes supprimées (Arrêtés : N° 70 du titre 50). Nous suivrons le même plan que pour le droit coutumier, mais il nous faudra ajouter un paragraphe spécial relatif aux codicilles.

Nous aurons souvent à distinguer deux courants dans le droit écrit : les auteurs et la jurisprudence du Midi proprement dit, groupés autour du Parlement de Toulouse, qui suivront de près les préceptes romains — et les auteurs et la jurisprudence des pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris ; sur bien des points, ce deuxième courant s'éloigne des lois romaines pour suivre les principes coutumiers. On pourrait presque dire que les pays de droit écrit du Parlement de Paris composent dans l'ancien droit une troisième zone, intermédiaire, qui atténue les divergences existantes entre la Coutume et le droit méridional.

SECTION II. — Testament mystique.

Le testament mystique ou testament secret (2) a en droit écrit la même utilité que le testament olographe en droit

(1) Furgole, chap. 12, n° 58 ; — Merlin, 1^{er} c°, p. 281 et 284.

(2) Voyez Code, VI, tit. 23, loi 21. « Hac consultissima ».

coutumier, avec lequel il n'a d'ailleurs aucune ressemblance de forme ; il permet de tester à l'abri des indiscretions, sans avoir à communiquer ses dispositions à qui que ce soit. On l'appelle encore testament solennel ; il ne faut pas le confondre avec le testament solennel des pays de coutume : aussi, nous éviterons cette dénomination.

Ce mode comprend deux phases distinctes : l'écriture et la confirmation de l'écriture.

§ 1. — L'écriture.

L'écriture est de l'essence de ce testament ; elle peut provenir de la main du testateur ou de celle d'une autre personne, mais en ce dernier cas, il faut qu'il paraisse que le testateur a dicté le contenu de l'acte ou tout au moins qu'il n'y ait aucune preuve ni la moindre présomption contraire, car on ne peut tester par procureur. L'écrivain peut être un homme ou une femme, *sui juris* ou fils de famille, Français ou étranger, pourvu ou dépourvu de capacité civile. Il ne doit recevoir aucun legs ; selon certains auteurs, le legs sera seul nul et les autres dispositions subsisteront ; selon l'autres, le testament entier sera anéanti pour faux, le droit romain punissant de la peine de faux celui qui « sibi abscripsit in testamento. » Il est indifférent que l'acte soit rédigé sur du papier, du parchemin ou quelque autre matière (1).

Si le testateur écrit lui-même ses dispositions, sa signature est inutile ; sinon il doit, autant que possible, apposer sa griffe. Mais il n'est point besoin de toute manière de mentionner que l'acte a été lu ou relu, cette formalité se présume.

(1) Furgole, chap. II, sect. I, n° 5.

§ II. — La confirmation de l'écriture

Elle consiste en une triple opération, essentielle à peine de nullité :

a) Convocation de sept témoins ; ces témoins doivent, de préférence, savoir écrire, car il leur sera demandé de signer. Le testateur devra les requérir d'assister à la confection de son testament et leur collaboration doit être volontaire, il ne serait pas possible de les retenir de force ; toutefois, s'il est indiqué dans l'acte que ces témoins ont été requis et s'ils ont signé, ils ne peuvent pas, par la suite, prétendre avoir été présents par surprise ou par contrainte.

b) Le testateur présente aux témoins réunis l'écrit plié ou mis dans une enveloppe et leur déclare que ce papier contient ses dernières dispositions ; en général, l'acte est clos, mais les auteurs ne sont pas d'avis unanime pour édicter, avant 1735, la nullité dans le cas contraire. L'écrit peut en tous cas être apporté sous pli ou n'être fermé que devant les témoins.

Le disposant doit savoir lire, car il ne doit présenter son testament qu'en connaissance de cause ; il doit déclarer par qui ses volontés ont été écrites et s'il les a signées.

Il est dressé immédiatement acte de cette présentation aux témoins ; cette suscription sera écrite au dos du testament s'il n'est pas clos ou s'il est scellé sans enveloppe, sinon sur l'enveloppe même qui le contient, de manière que le pli cacheté ne fasse qu'un tout et que l'on ne puisse substituer de nouvelles dispositions.

Avant 1735 la loi n'exigeait pas la présence d'un notaire. L'un des témoins ou le testateur pouvait rédiger l'acte de suscription. Mais, en fait, depuis longtemps on avait coutume de faire appel, pour cette rédaction, au ministère de

l'officier public. Le notaire n'était qu'un témoin, il comptait parmi les sept personnes requises par la loi, il devait avoir la capacité nécessaire pour fournir son témoignage et cette capacité seulement ; sa présence avait l'avantage de donner à la suscription un caractère authentique qui ne la rendait attaquable que par la voie de l'inscription de faux ; il sera choisi dans le ressort pour être compétent et rédigera l'acte comme un acte notarié ordinaire, il peut le faire écrire par son clerc (1) ; lorsque, par hasard, l'acte notarié n'était pas valable, la suscription pouvait valoir comme écrit privé si les conditions exigées par la loi étaient respectées.

Il est inutile que les dispositions elles-mêmes soient datées. Mais la suscription doit-elle l'être ? L'ordonnance de Blois (art. 167) exige que les notaires mettent dans tous leurs actes la qualité, la demeure et paroisse des parties et des témoins, ainsi que le lieu et la date de la confection de l'écriture ; il faut donc faire figurer la date dans la suscription ; il est vrai que l'art. 167 ne fixe pas de sanction. En cas de suscription privée, cas extrêmement rare, la date serait encore nécessaire. Quelques auteurs, comme Cujas, sont d'avis contraire en se fondant sur un fragment de Modestin (2) admettant les testaments non datés, mais cette décision est contraire au droit de Justinien qui exige une date, même dans les dispositions *inter liberos* (nouvelle 107) et à l'opinion de Balde et de Barthole. D'ailleurs, la date est nécessaire pour permettre de connaître si le testateur ou les témoins étaient capables ; de même, si le testament devait être annulé au bout d'un laps de dix ans, il fallait connaître l'époque de sa rédaction ; l'acte mystique, en effet, contrairement à ce que nous verrons pour le testa-

(1) Denisart, « Décisions », V^o Testament mystique, n^{os} 11 et 12.

(2) « Cum in testamento dies et consul adjecti non sunt, nihil nocet quominus valeat testamentum,

ment nuncupatif, doit se suffire par lui-même et ne peut être prouvé par témoins. Tous les exemples concrets que nous possédons sont datés (1). La date du testament lui-même ne sert à rien ; l'acte ne compte que du jour de la suscription qui, seule, le rend parfait (2).

Le testament mystique sur interrogat est rare, mais peut se rencontrer : un tiers demande si l'écrit présenté par le disposant contient bien ses dernières volontés, et celui-ci répond affirmativement. Régulièrement, une déclaration expresse venant du testateur lui-même, est nécessaire. Néanmoins, le droit écrit admet la validité de tels actes ; la suggestion est moins redoutée qu'en droit coutumier (3).

c) Le disposant doit signer l'acte de suscription ainsi que les témoins. Si le testateur, pour une raison quelconque, ne peut signer, il faut faire appel à un huitième témoin qui signera en son lieu et place ; toutefois, s'il avait écrit lui-même ou signé ses dispositions, ce témoin est superflu.

Les témoins doivent signer (Code 6, 23, 21, pr.). Cette signature remplace l'ancienne subscriptio romaine. D'ailleurs, les ordonnances de Villers-Cotterets de 1539 (art. 173 à 175), et d'Orléans de 1560 (art. 160), exigent que le notaire signe et fasse signer les témoins dans tout acte passé devant lui. Si les témoins ne savent pas signer, on le mentionnera dans l'acte.

Le droit romain veut que chaque témoin scelle le testament présenté ; on pouvait indifféremment se servir de son propre sceau ou de celui d'autrui. Une novelle de l'empereur Léon avait rendu cette formalité facultative.

En général, il était admis en droit écrit que le sceau du

(1) Cf. Ricard, I, n° 1536 et suiv.

(2) Henrys, 1^o c°, chap. 4, question 105.

(3) Furgole, chap. V, sect. 3, n° 53 et suiv.

notaire et celui du testateur suffisaient sans qu'il soit besoin aux témoins d'apposer le leur ; c'est l'avis de Despeisses, Papon, Theveneau et de Ricard ; toutefois, Henrys et Bretonnier (1) demandent que chaque témoin appose un cachet, mais les autorisent à se servir tous du même ; d'ailleurs, au xvii^e siècle, il n'était plus dans les usages d'avoir son sceau personnel.

La pratique avait conservé l'habitude des cachets, mais la jurisprudence n'était pas rigoureuse en cas d'omission de cette formalité ; il suffisait que le testateur ait mis ses dispositions sous pli et les ait fermées comme il lui plaisait (Paris, 25 mai 1607, 20 juin 1659 et 2 septembre 1662) (2).

Il ne faudrait pas imputer l'abrogation de l'usage des sceaux pour les témoins aux ordonnances de Moulins et de Blois comme le font Théveneau et Bouvot ; ces ordonnances ne font que réclamer la signature des témoins dans les testaments, elles apportent une sûreté de plus et n'entendent rien diminuer (3).

Le droit romain voulait aussi que chaque témoin mentionnât de sa propre main qu'il avait apposé son nom sur le testament à lui présenté (voir plus haut : 1^{re} partie). Cette prescription ne fut jamais supprimée, mais elle n'était pas observée en fait, le notaire décrivant dans son acte la cérémonie en détail. Ricard pense qu'il fallait suivre la loi romaine lorsque la suscription avait lieu sans personne publique (4).

(1) Henrys, 1^o c^o chap. 1. question 1 et chap. 4, question 105 ; — Bretonnier, notes sous Henrys.

(2) « Journal des audiences », t. I, liv. 10, chap. 31 et t. II, liv. I, chap. 67 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose VI, n^o 29 ; — Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 105 ; — Ricard, I, n^{os} 1344 et suiv.

(3) Ricard, I, n^o 1347.

(4) Ricard, I, n^o 1350.

d) Les trois formalités sus-énoncées doivent être remplies sans divertir, *uno contextu*. Les témoins seront tous présents à la fois pour entendre la déclaration du testateur et souscrire l'acte présenté. On craignait qu'à la faveur d'une distraction, une personne peu scrupuleuse ne vint à substituer un autre papier en place du testament véritable déjà clos, de sorte que la suscription aurait validé un acte qui ne serait pas l'expression de la volonté du disposant.

Si l'acte était convenablement rédigé, il était présumé avoir été fait tout d'un bloc et la preuve que le testateur avait fait signer la suscription séparément aux témoins n'était pas recevable (Toulouse, 5 sept. 1666) (1) même si c'était un des témoins qui voulait la fournir (Paris, 19 février 1659 : dans l'espèce, il est vrai que les autres témoins et le notaire contredisaient cette assertion) (2).

Toute disposition mystique ouverte avant le décès du testateur devenait nulle ; mais celui-ci pouvait rappeler les témoins pour rétablir les cachets devant eux et l'acte reprenait toute sa force (3).

Pour tester mystiquement, il faut au moins savoir lire, et même déchiffrer l'écriture courante, de manière à pouvoir affirmer que l'écrit présenté à la suscription contient bien les dispositions désirées ; il est inutile de savoir écrire (4).

Aussi un aveugle ne peut tester de la sorte ; on cite un arrêt du Parlement de Paris du 8 juillet 1635 (5) admettant le testament d'un aveugle, mais c'est un arrêt d'espèce, tout à fait exceptionnel ; de même, deux arrêts du Parle-

(1) Louët, lettre T, sommaire 10, n° 24.

(2) Ricard, I, n° 1352.

(3) Ricard, I, n° 1341.

(4) Domat, 1^o c°, sect. III, n° 17 ; — Henrys, 1^o c°, chap. I, question 1 ; — Ricard, I, n° 1472,

(5) Henrys, 1^o c°.

ment de Toulouse des 21 juin 1624 et 14 mai 1632 (1), avaient autorisé un illettré à user de cette forme, à condition d'appeler un huitième témoin à la suscription ; mais de nombreuses décisions contraires vinrent modifier cette jurisprudence (voyez Toulouse, 29 février 1672 ; Provence, 20 février 1652) (2).

C'est à celui qui profite du testament à prouver que le disposant savait lire : on ne le présume pas (Toulouse, 16 mars 1743) ; la preuve est renversée si le testateur a su lire autrefois et si l'on veut prétendre qu'il a perdu cette faculté (Toulouse, 16 novembre 1690 et 12 mars 1745) (3) ; le fait que quelqu'un sait signer son nom et parfois un peu écrire ne prouve pas que cette personne sache lire l'écriture courante (Toulouse, 2 août 1663 et juillet 1697) (4).

Le muet sachant écrire peut tester secrètement ; il déclare par écrit, dans la suscription, que le papier par lui présenté contient bien ses dernières dispositions et qu'il les a écrites lui-même ; s'il est devenu muet dans l'intervalle entre la rédaction du testament et la suscription, ces dispositions peuvent même avoir été rédigées par un tiers et il en expliquera la raison toujours par écrit et de la même manière (5). Un sourd-muet par accident peut tester de même s'il sait écrire ; le sourd-muet de naissance est considéré *ipso facto* par la loi comme complètement illettré et ne peut tester d'aucune façon (6).

(1) Louët, lettre T, sommaire 9, n° 18.

(2) Cambolas, liv. V, chap. 16 ; — Louët, lettre T, sommaire 9, n° 34 et 52 ; — Ricard, I, n° 1473 et suiv.

(3) Furgole, chap. 2, sect. 3, n° 29.

(4) Catellan, « Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse », t. II, chap. 12 ; — Boutaric, sur les Institutes de Justinien, liv. II, tit. 10.

(5) D'Aguesseau, Lettre 318 du 14 juillet 1736 au Parlement de Bordeaux, « Œuvres, » t. IX.

(6) Furgole, chap. II, sect. I, n° 105.

Lamoignon conserve la forme mystique dans ses arrêtés (art. 64) ; il exige que le disposant signe le testament même, sinon fasse mentionner dans la suscription la cause pour laquelle il n'a pas signé ; un seul cachet quelconque suffit pour clore l'acte.

SECTION III. — Testament nuncupatif.

Jusqu'en 1735, le testament nuncupatif, dans la plupart des pays méridionaux, peut se faire de deux manières, oralement ou par écrit (1).

§ I. — Testament nuncupatif oral.

Il n'est besoin ni d'écriture, ni de la signature, ni du sceau des témoins ; mais les autres formalités du testament mystique sont nécessaires.

Devant sept témoins réunis en même temps, le testateur déclare verbalement ses dernières volontés en les priant d'être « témoins de son testament. » Cette déclaration verbale s'appelle la nuncupation ; elle doit être faite sans aucune interruption et sans divertir à aucun autre acte, et elle doit être complète par elle-même ; on ne peut instituer un héritier qui sera ou est désigné dans un acte écrit, sans répéter son nom devant les témoins et à haute voix, on ne peut déclarer qu'on désignera un bénéficiaire dans un codicille à venir (comme on pouvait le faire dans la forme mystique). Les témoins doivent voir et entendre tous à la fois le disposant ; ce dernier n'est pas autorisé à répéter ses

(1) Les textes romains sur ce testament sont très restreints ; il n'y en a que 4 : Digeste, 28, 1, 21 ; — Code : 6, 23, 27, 2 ; — Code, 6, 23, 26 ; — Institutes, 2, 10, 14.

volontés séparément à chacun d'eux (voyez, toutefois Paris, 20 juillet 1638) (1).

La forme orale fut admise en droit écrit, nonobstant l'ordonnance de Moulins de 1566, jusqu'au xviii^e siècle. Le Parlement de Toulouse déclare que cette ordonnance ne défendait la preuve testimoniale que pour les contrats et les conventions, et qu'il eût fallu un texte plus précis pour détruire une tradition aussi ancienne (arrêts du Parlement de Toulouse d'août 1644, du 7 juillet 1659 et de mars 1698, du Parlement de Grenoble du 13 mars 1626, du Parlement de Bordeaux du 5 septembre 1672) (2).

Les ordonnances de Blois et d'Orléans réclamaient les signatures des disposants et des témoins dans les testaments, mais elles ne parlaient que des actes reçus par une personne publique, et le testament nuncupatif oral n'était passé que devant des particuliers. En réalité, la jurisprudence du Midi ne cherchait qu'un prétexte pour se justifier, elle rejetait les lois qui ne lui plaisaient pas (3). Le Parlement de Paris qui n'était pas pénétré d'idées romaines, écarta à partir du xvi^e siècle toute disposition orale même dans les pays de droit écrit de son ressort (arrêts de 1576, du 7 janvier 1593, du 16 juin 1594, et 31 août 1602) (4). Le Parlement de Dijon se rangea au même parti (7 décembre 1612) (5).

(1) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 396 — Louët, lettre T, sommaire VIII, n^o 14.

(2) Voyez une bibliographie dans Merlin, l^o c^o, p. 277.

(3) Maynard, t. I, liv. V, chap. 4 et 5; t. I, liv. V, chap. 94; — d'Olive, liv. V, chap. V.

(4) Henrys l^o c^o, chap. I, question 7; — Maynard, l^o c^o; — Robert, « Quatre livres des arrêts de la Cour de Paris », liv. II, chap. 10; — Bouchel, V^{is} Preuve et Testament (coutume de Senlis); — Papon liv. XX, tit. I.

(5) Bouvot, « Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne et du Parlement de Dijon », t. II, V^o Testament, question 76.

Auzanet proteste avec raison contre les décisions méridionales (1).

La preuve de ce testament ne s'établissait qu'après le décès ; elle avait lieu devant le juge du lieu où se trouvaient les témoins ; ceux-ci rapportaient les déclarations qu'ils avaient entendu proférer par le testateur, et le juge en dressait acte (voir plus loin).

Lorsque les sept témoins vivaient encore et étaient d'accord, cela allait tout seul. Mais les difficultés survenaient si un ou plusieurs témoins avaient disparu ou étaient décédés et en cas de désaccord dans leurs dépositions.

Le testament était-il nul lorsqu'un témoin manquait à l'appel ? Devant l'absence de texte romain, les auteurs discutaient. Faber et Vinnius prétendent que le testament est imparfait, car il faut qu'il soit attesté par sept témoins, et le nombre de sept est aussi nécessaire pour la preuve que pour la confection de l'acte ; c'était rendre la forme orale très aléatoire. Ricard est du même avis, sans quoi, dit-il, il serait inutile de réunir sept témoins pour la solennité. Cujas se contente de deux ou trois témoins ; les sept personnes ne sont requises que pour la nuncupation, la preuve doit se faire dans les conditions ordinaires, par conséquent deux attestations doivent suffire (2).

Une opinion rejetait toute preuve testimoniale lorsqu'il s'était écoulé un délai de dix ans depuis le décès du testateur (voir plus loin).

On voit que, malgré tout, la forme orale n'offrait pas toutes les garanties désirables. La mémoire des témoins n'était pas à l'abri de l'oubli. Aussi, à partir du xvi^e siècle, les dispositions purement verbales sont-elles assez rares ;

(1) Auzanet, « Mémoires et réflexions », p. 89 et suiv.

(2) Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question 7.

mais il arrivait souvent que la rédaction de l'acte nuncupatif écrit fut atteinte de nullité ; le testament était alors maintenu comme disposition orale ; telle fut la principale utilité de la forme nuncupative sans écrit.

§ II. — Testament nuncupatif écrit.

Pour pouvoir établir plus facilement la preuve de la nuncupation, certains testateurs réunirent les témoins de leur vivant, leur firent répéter ce qu'ils avaient entendu et en firent dresser acte de manière à éviter toute surprise ; la preuve du testament, au lieu de se faire au décès, se faisait plus tôt.

Mais ce procédé n'était pas encore à l'abri de toute critique. On prit l'habitude de faire rédiger cet acte probatoire au moment même de la nuncupation ; on appelait un notaire à cet effet, il inscrivait les paroles du testateur dès qu'elles avaient été prononcées ; cet écrit n'était pas de l'essence du testament, mais il faisait foi comme tout acte authentique, sans qu'il soit besoin de recourir à l'audition des témoins ; un tel testament, quoique écrit, ne fut pas mis au rang des testaments « écrits ou solennels », il gardait le nom et la nature de testament « nuncupatif. » Le notaire venait en supplément, à titre de scribe, il ne comptait pas parmi les sept témoins ; il n'y a que lorsque sa minute ne pouvait pas subsister comme écrit authentique et qu'il fallait recourir à la preuve du testament oral en la manière ordinaire que le notaire pouvait être mis au rang des témoins et compléter le nombre requis ; cette distinction fut admise par les interprètes et par le Parlement de Toulouse jusqu'en 1735 (Toulouse, 4 janvier 1605 ; voyez Paris, 6 juin 1594 et 31 juillet 1663) (1).

(1) Barthole et Alexandre ; — Furgole, chap. 2, sect. 2, n° 24 ; —

A défaut de notaire, l'acte probatoire pouvait être dressé par un particulier, à condition d'être signé du testateur et des témoins (1) ; d'après Maynard, il ne faisait pas en ce cas preuve entière par lui-même et ne pouvait que servir d'articles pour l'interrogatoire des témoins après le décès (2).

L'écrit rédigé par le notaire est un acte notarié ordinaire. L'officier public doit donc être compétent dans le ressort du lieu où le testament est passé (Provence, 17 décembre 1643) (3). On peut recourir à un notaire royal ou subalterne, mais non à un notaire apostolique.

Le notaire peut-il exercer en faveur de ses proches parents ?

a) Il peut instrumenter s'il est parent du disposant, car ce dernier n'est pas le bénéficiaire de l'acte ; toutefois, il ne devra pas être soumis à sa puissance paternelle. Guy Pape et Jacques de Ferrière (4) lui permettaient même de retenir le testament de son père et son propre testament ; mais cette opinion est opposée aux principes du droit romain.

b) La question est discutée en cas de parenté entre l'officier public et l'héritier institué ; le droit écrit paraît avoir été moins rigoureux sur ce point que le droit coutumier. Barthole, Bouvot, Despeisses, Peckius et trois arrêts du Parlement de Bordeaux de juillet 1685, juillet 1687 et du

Cambolas, liv. III, chap. 46 ; — Maynard, t. I, liv. 5, chap. 4 ; — Ricard. I, n° 1356 ; — *Contrà* : Accurse.

(1) Denisart, « Notoriétés », V° Testament nuncupatif, n° 3.

(2) Maynard, 1° c°.

(3) Boniface, I, I, 1, 20, 6 ; — Louet, lettre N, sommaire 10, n° 20 ; en cas d'incompétence du notaire le testament peut être validé en vertu de la maxime « error communis fit jus ».

(4) Guy Pape, question 318.

16 mars 1710 (1) autorisent le notaire à instrumenter même en faveur de son fils. Toutefois, le droit coutumier fit sentir dans maints endroits son influence ; l'art. 63 de l'ordonnance de Blois défendait aux curés de recevoir des testaments à leur profit ou au profit de leurs parents, et nous avons vu plus haut que le Parlement de Paris avait étendu cette interdiction par analogie aux notaires. Boniface (2) rapporte un arrêt du Parlement de Provence de 1735, faisant défense aux notaires d'instrumenter en faveur de leurs parents jusqu'au degré de cousin germain inclus, à peine de faux. Furgole adopte un moyen terme : il n'y a aucune loi ou ordonnance déclarant nuls les testaments reçus par des notaires parents du testateur ou de l'héritier institué ou des légataires ; or, les nullités ne se présument pas ; cependant, le notaire ne peut passer un acte lui profitant directement et actuellement ; il ne peut donc agir pour lui (Grenoble, 27 juillet 1639) (3), ni pour sa femme sous le régime dotal, ni pour son fils en puissance, mais il peut agir pour tous ses collatéraux (4) ; nous sommes loin de la rigueur des pays du Nord.

c) Il est universellement admis que le notaire peut être parent, en ligne collatérale tout au moins, d'un légataire, le legs en droit écrit étant considéré comme une disposition de seconde importance. Le raisonnement de Furgole écarterait la parenté en ligne directe (en ce sens, Parlement de Provence du 25 février 1647 : le legs fait au père de l'officier public fut seul annulé) (4) ; le notaire ne peut, en aucun cas, recevoir un legs pour lui, car l'écrit entier serait

(1) Furgole, chap. 2, sect. 3, n° 3 et 87.

(2) Boniface, t. 1, liv. 21, tit. 20, n° 2.

(3) Chorier, Jurisprudence de Guy Pape, p. 150.

(4) Furgole, chap. 2, sect. 3, n° 87.

(5) Louët, lettre L, sommaire 6, n° 27.

nul pour faux, la loi romaine punissant de la peine de faux celui « qui sibi abscrispsit in testamento. »

Il est inutile que le notaire écrive l'acte de sa main, mais il faut qu'il assiste à la rédaction ; la minute doit être dressée après la nuncupation en présence des témoins et du disposant ; elle serait nulle si elle était apportée toute rédigée pour n'être que signée (1).

Un arrêt du Parlement de Paris du 31 août 1602 (2) ordonne que le testament nuncupatif soit lu et relu au testateur et aux témoins, et qu'il en soit fait mention dans l'acte ; mais un autre arrêt du 22 juillet 1653 juge cette prétention inutile en l'absence de texte (3) et Ricard l'approuve ; les Parlements du Midi furent toujours de ce dernier avis (arrêt général de Toulouse du 14 septembre 1657) (4).

Nous verrons plus loin que les témoins doivent être requis d'assister à la cérémonie : quelques auteurs jugent inutile de mentionner spécialement cette réquisition (5).

La date est obligatoire dans les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, à peine de nullité. Mais elle n'est pas nécessaire aux yeux du Parlement de Toulouse, puisque les actes oraux non datés y sont admis (6) ; l'art. 167 de l'ordonnance de Blois demande que l'on fasse figurer dans tout acte notarié la qualité, l'adresse des parties et des témoins ainsi que la date, mais il n'édicte pas de

(1) Furgole, chap. V, sect. 3, n° 39.

(2) Henrys, 1^o c°, chap. 1, question 7.

(3) Sœfve, t. I, centurie, 4, chap. 46 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 5, n° 28 ; — Ricard, l, n° 1380 et suiv.

(4) De la Rocheffavin, « Arrêts notables du Parlement de Toulouse », liv. 4, lettre T, tit. 5, art. 11.

(5) Maynard, t. I, liv. 5, chap. 4.

(6) Henrys, 1^o c°, chap. 4, question 105.

nullité (1) ; la date étant fort utile, le juge la constate dans les testaments oraux sur le procès-verbal des dépositions des témoins, rédigé après le décès ; en cas d'acte notarié, on fera bien de ne pas l'oublier si l'on veut s'éviter une telle procédure.

La déclaration faite par le notaire que le testateur est sain d'esprit n'a aucune valeur probante, car elle n'est pas de la compétence de l'officier public ; elle peut être attaquée sans s'inscrire en faux (arrêt du Parlement de Toulouse du 20 décembre 1632) (2).

Bien que la nuncupation ait été publique, le notaire qui conserve la minute ne doit en donner aucune communication ni aucun extrait du vivant du testateur sans le consentement de celui-ci (Parlement de Provence, 14 février 1664) (3).

Le testateur, les parties et le notaire doivent signer l'écrit ; les ordonnances d'Orléans et de Blois l'exigent pour tout acte notarié.

La signature du notaire est requise à peine de nullité ; toutefois, si les sept témoins signent sans lui, l'acte vaudra comme écrit privé à défaut d'acte public (4).

Si le testateur ou les témoins ne savent ou ne peuvent signer, le notaire doit leur en demander et inscrire la cause (Parlement de Grenoble, mars 1656 ; voyez un tempérament pour un testament fait aux champs, Toulouse, 25

(1) Maynard, t. II, liv. 7, chap. 69, n° 4.

(2) Maynard, t. I, liv. 5, chap. 6, n° 35 ; — Olive, liv. V, chap. 9 ; — Catellan, II, chap. 67 ; — Boutaric, « Institutes de Justinien », t. II, liv. 12, 1.

(3) Boniface, I, I, I, 20, 12 ; — Louët, lettre N, sommaire, 10, n° 24.

(4) Henrys, 1° c°, chap. 4, question 106 ; — Bretonnier sous Henrys.

juin 1667) (1) ; il est inutile de faire figurer dans l'acte l'interpellation du notaire pourvu que la déclaration faite en réponse par l'intéressé s'y trouve : un arrêt de la Grand'-Chambre du Parlement de Paris du 16 juin 1656 valide même un testament rédigé à Montpellier, dans lequel c'était le notaire qui avait fait cette déclaration (2), un autre arrêt du même Parlement du 2 décembre 1649 confirme les dispositions quoique le testateur ait prétexté faussement ne pas savoir signer (3) ; la jurisprudence est moins rigoureuse que pour les formes coutumières.

Non seulement la nuncupation, mais la rédaction de l'écrit qui fait suite, doivent avoir lieu « uno contextu. » Le notaire rédigera son acte immédiatement après que le déclarant aura fini de parler, en présence de tous les témoins, sans que l'on puisse vaquer à d'autres occupations, à peine de nullité (arrêt de règlement du Parlement de Paris du 31 août 1602) (4) ; cette application littérale des textes romains, qui n'étaient conçus que pour un testament oral, avait l'avantage d'assurer une concordance plus étroite entre les paroles du testateur et l'écrit de la personne publique.

Mais il faut nous souvenir que l'acte notarié n'est qu'un instrument probatoire et n'est pas de l'essence du testament nuncupatif. Dans les pays méridionaux, où la preuve testimoniale est permise, si le notaire a, pour une raison quelconque, dressé un acte nul (peu importe que ce soit

(1) Louët, lettre T, sommaire 9, nos 29 et 32 ; — Basset, « Arrêts », 2, 8, 1, 4.

(2) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. 1, chap. 750 ; — Sœlve, t. 2, centurie 1, chap. 35.

(3) « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. 1, chap. 618 ; — Sœlve, t. 1, centurie 3, chap. 21.

(4) Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 28 ; — Henrys, 1^o c°, chap. 4, question 7 ; — Picard, 1, n° 1379.

parce qu'il est parent d'un héritier ou parce qu'il a oublié une mention, etc.), on peut recourir aux dépositions orales (1) ; les dépositions, pour avoir été rédigées par écrit, ne perdent pas leur nature essentiellement nuncupative, c'est-à-dire verbale. Des arrêts du Parlement de Toulouse des 18 mai 1598, 4 janvier 1605, 15 mars 1631 et du 22 mai 1632, valident ainsi des testaments non signés (2) ; un arrêt du Parlement de Provence de 1654, confirma un testament dont la minute n'était pas signée du notaire qui en avait donné un extrait signé de lui (3). Le Parlement de Toulouse autorisa la preuve par témoins d'une apostille non signée, ajoutant une substitution ; c'était maintenir la maxime « témoins passent lettre » (4).

Dans le ressort du Parlement de Paris, qui n'admet pas de testament oral, la preuve testimoniale ne serait pas possible ; mais l'écrit notarié n'est pas nécessaire : un simple acte privé, signé du disposant et des témoins, est suffisant ; l'acte notarié nul pourra donc, le cas échéant, valoir comme écrit privé.

§ 3. — Questions communes aux deux formes de testament nuncupatif.

Le testament nuncupatif peut-il se faire par interrogat ou par signes ?

La jurisprudence du Parlement de Paris, approuvée par Charondas et Ricard, répondait négativement aussi bien pour les dispositions par interrogat (arrêt de règlement de

(1) Furgole, chap. 2, sect. 2, n° 25 et suiv.

(2) Maynard, t. 1, liv. 5, chap. 4 ; — d'Olive, liv. V, chap. V ; — Cambolas, liv. II, chap. 44 ; liv. III, chap. 46 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 6, n° 8.

(3) Louët, lettre T, sommaire 9, n° 37.

(4) Maynard, t. 1, liv. V, chap. 94.

la Chambre de l'édit du 31 août 1602, du 12 janvier 1635 et de mars 1548 (1) ; en sens contraire, 20 juillet 1638) (2) que pour celles par signes (21 octobre 1559 et, surtout, arrêt du 27 octobre 1595, où le testament se présentait pourtant dans des conditions très favorables) (3).

Les Parlements du Midi ont tantôt validé, tantôt cassé le testament sur interrogat (Toulouse, arrêt solennel de Noël 1586, cassant un testament ; Toulouse, 31 août 1623 et arrêts de Bordeaux en sens contraire ; ce dernier Parlement était, en général, favorable à la validité) (4). Accurse est partisan du maintien des dispositions de ce genre ; Furgole et Maynard sont partisans de leur nullité dans tous les cas, car le droit romain exige avant tout une nuncupation qui n'a pas lieu si le disposant ne fait que répondre par monosyllabes aux questions qui lui sont posées ; peu importe que les libéralités soient en faveur des enfants ou faites en temps de peste. Cambolas est forcé d'admettre que ces deux auteurs ont raison, mais il prétend que le testament par interrogat est parfois utile, et il serait très disposé à faire des exceptions surtout pour les legs pieux ou entre enfants.

Les dispositions par signes sont annulées en général pour défaut de solennité, car les paroles sont de l'essence des

(1) Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question 8 ; chap. 4, question 31 ; chap. 1, question 7 ; — Charondas, « Réponses », liv. 13, réponse 66 ; — Ricard, 1, n^o 1379.

(2) Bardet, « Recueil d'arrêts du Parlement de Paris », II, 7, 35 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément, liv. 1, chap. 396.

(3) Maynard, t. 1, liv. V, chap. 7 ; — Choppin, 2, 4, 21 et 22, dans le second arrêt le testament avait été passé devant un conseiller au Parlement de Bordeaux et le procureur général désigné à cet effet par le Parlement de Guyenne lui-même.

(4) Maynard, t. 1, liv. 5, chap. 6 ; t. 2, liv. 8, chap. 59 ; — Cambolas, liv. 5, chap. 5 ; — Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 31 ; — Furgole, chap. 5, sect. 3, n^{os} 62 et suiv.

testaments nuncupatifs, et il faut au moins un semblant de nuncupation qui n'a pas lieu ici (1).

Mais le Midi a toujours admis dans les codicilles passés devant cinq témoins les dispositions par interrogat ou par signes ; elles faisaient naître un fidéicommiss dans les ressorts des Cours de Bordeaux et de Toulouse, à condition que les signes soient probants et que le testateur ne fut pas muet de naissance (2). Le Parlement de Paris se refuse à tout compromis de ce genre (3).

Un sourd peut user de la forme nuncupative. L'aveugle est autorisé à l'employer aussi, mais en se conformant à certaines prescriptions spéciales ; à Rome, le testateur aveugle devait réunir un tabulaire et sept témoins et leur déclarer ses volontés, le tabulaire les rédigeait par écrit et signait en même temps que les témoins ; le disposant pouvait également faire écrire auparavant son testament par un tiers et le faire relire par le tabulaire en présence des témoins et signer comme ci-dessus ; le droit écrit s'inspira de ces règles ; l'aveugle ne peut tester oralement, il faut un testament nuncupatif écrit (1^{re} Chambre des enquêtes du Parlement de Toulouse du 19 février 1622), huit témoins sont requis au lieu de sept, l'écrit n'est pas signé de l'aveugle mais de toutes les autres personnes présentes (4) ; un arrêt du Parlement de Provence du 7 décembre 1655 permet de compter le notaire comme huitième témoin (5) ;

(1) Furgole, chap. 4, n° 7 ; — Maynard, t. 2, liv. 9, chap. 40 ; — d'Olive. liv. V, chap. 18 ; — Cambolas, liv. III, chap. 12.

(2) D'Olive, 1^o c° ; — Ricard, I, n° 1480 ; — Henrys, 1^o c°, chap. 1, question 8.

(3) Henrys, 1^o c°.

(4) Cambolas. liv. IV, chap. 34 ; — Denisart, « Décisions », V^o Testament, n° 160 ; — Furgole, chap. II, sect. I, n° 98 et suiv.

(5) Boniface, « Arrêts notables du Parlement de Provence », II, 2, 1, 2, 1 ; — Louët, lettre T, sommaire, 9, n° 36 ; — Ricard, I, n° 1470 ; — Sœve, t. II, centurie 3, chap. 20.

toute personne atteinte de cécité ne peut tester au moyen d'une autre forme (1). Le muet ne peut se servir de la forme nuncupative puisqu'il ne peut prononcer à haute voix ses dispositions ; d'après Domat (2), pourtant s'il sait écrire, il peut faire sa nuncupation par écrit et la présenter au notaire et aux témoins, l'écrit est relu par le notaire qui dresse ensuite acte de la cérémonie comme d'habitude ; cette forme, copiée sur le testament secret du muet, n'est pas en usage en droit écrit, c'est une invention de Domat (3). Le sourd-muet de naissance ne peut tester d'aucune manière (4).

Lamoignon, dans ses arrêtés, ne parle plus du testament nuncupatif. Il le supprime en même temps qu'il étend la forme solennelle coutumière à toute la France dans un but de simplification ; en effet, d'une part, il ne veut plus entendre parler d'acte oral et, d'autre part, le testament nuncupatif écrit ressemblait au testament notarié des pays du Nord sur lequel il n'offrait aucun avantage pratique ; la dualité des formes ne pouvait s'expliquer que par l'histoire et était devenue inutile. D'Aguesseau n'osera pas l'imiter en 1735, mais il préparera en cette matière l'œuvre d'unification du Code civil.

SECTION IV. — **Autres formes de testaments des pays de droit écrit.**

§ 1. — **Testament en faveur de la cause pie.**

Le droit écrit accorda, pour les dispositions pieuses, des faveurs spéciales ; contrairement à tous les précédents, il

(1) Furgole, chap. II, sect. I, n° 103 ; — d'Olive, liv. V, chap. 6

(2) Domat, 2, 3, 1, 3, 20.

(3) Ricard, I, n° 1471 ; — Merlin, 1^o c^o, p. 237.

(4) Cambolas, liv. IV, ch. 34 ; — Merlin, 1^o c^o.

se montra aux ^{xvii}e et ^{xviii}e siècles plus large que le droit coutumier, car il n'avait point, comme celui-ci, de défiance contre toute disposition dérogeant aux successions ab intestat (1).

Le droit romain était naturellement muet. On déclara qu'il fallait favoriser au moins autant la religion que les dispositions en faveur des enfants ; c'est en vain que Domat proteste du manque de textes.

Le testament olographe est valable (Toulouse, 12 mars 1612 et Paris, 25 mai 1655) (2). Tout testament imparfait est exécuté « modo sit defectus solemnitatis, non autem voluntatis » (Provence, 20 décembre 1646, 20 février 1652 et 8 mai 1651) (3). Le disposant peut même s'exprimer par signes (4). Il suffit de prouver que telle était bien la volonté certaine du défunt. En l'absence d'un écrit signé, il fallait au moins deux témoins pour fournir cette preuve (Paris, Noël 1580 ; Grenoble, arrêt de 1674) (5).

Les dispositions pieuses jouissaient d'une clause révocatoire tacite, c'est-à-dire qu'il fallait les révoquer spécialement dans un testament ultérieur, sinon elles subsistaient malgré la suppression de l'acte dans lequel elles se trouvaient (arrêt du 19 novembre 1657 du Parlement de Provence) (6). Le fils de famille, quoique incapable de disposer

(1) Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 96 ; — Bretonnier sous Henrys ; — Cambolas, liv. V, chap. 28 ; — Domat, 2, 3, 1, 3, 21 ; — Choppin, « Traité des privilèges des gens vivant aux champs », III, 7 ; — Merlin, 1^o c^o, p. 523 et suiv.

(2) Cambolas, liv. I, chap. 13 ; — Sœlve, t. I, centurie 4, chap. 91.

(3) Louët, lettre L, centurie 6, n^o 29 ; lettre T, centurie 9, n^o 34.

(4) Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question 8 ; chap. 4, question 79 ; — Maynard, t. I, liv. 5, chap. 6, n^o 21.

(5) Charondas, « Réponses », liv. III, réponse 48 ; — Louët, lettre T, sommaire 9, n^o 46.

(6) Furgole, chap. 2, sect. 1, n^o 110 ; — Louët, lettre L, sommaire 6, n^o 29.

d'ordinaire, peut tester en faveur d'œuvres charitables (arrêt de Toulouse du 5 décembre 1581) (1), à condition de ne rien ajouter pour d'autres personnes.

Aux legs pieux, on adjoignait les legs en faveur des domestiques, qui jouissaient des mêmes privilèges. Pour leurs propres testaments, les ecclésiastiques doivent employer les modes ordinaires ; c'est à tort que quelques auteurs voulaient les autoriser à tester *juri militari tanquam milites caelesti* (arrêt du 5 juin 1630 du Parlement de Toulouse (2)).

§ II. — Testament militaire,

C'est le droit romain qui avait le premier exempté de toute forme le testament militaire. On conçoit que le soldat fut encore plus favorisé en droit écrit qu'en droit coutumier.

Il est dispensé de toute formalité ; les ordonnances royales, qui exigent un écrit signé pour toutes les dispositions de dernière volonté, ne peuvent s'appliquer au militaire qui, étant privilégié, ne peut être privé de ses avantages sans loi spéciale, au dire des docteurs méridionaux. Son testament peut être écrit en terre, sur du bois, avec une épée, avec du sang ; s'il est oral, il suffit du témoignage de deux témoins (Toulouse, 25 décembre 1578 et 2^e Chambre des enquêtes en 1580) (3). Le Parlement de Paris exigea un écrit dans son ressort à partir du xvii^e siècle

(1) Maynard, t. 1, liv. 5, chap. 1 ; t. II, liv. 7, chap. 19 ; t. II liv. 9, chap. 36 ; — Cambolas, liv. 11, chap. 31.

(2) Maynard, t. 1, liv. 6, chap. 12 ; — d'Olive, liv. 5, chap. 36.

(3) Claude Le Brun, « Le procès civil », liv. II, p. 159 ; — Papon, liv. 20, tit. I, chap. 7 ; — Furgole, chap. 2, sect. I, n^{os} 24 et suiv. — Maynard, t. I, liv. V, chap. 93 ; — Louët, lettre T, sommaire 8, n^o 2.

en invoquant l'ordonnance de Moulins ; Domat (1) souhaite même que l'on ait recours à un curé ou à un notaire chaque fois que le testateur ne signe pas son écrit. Les Parlements du Midi restèrent fidèles à la forme verbale jusqu'en 1735.

Les religieux et même les femmes peuvent servir de témoins (2). Ce testament ne peut pas être employé par tout soldat à tout moment comme le voulait Cujas ; il n'est possible que dans les camps, les garnisons hors de France, les villes assiégées ; non seulement les soldats, mais tous ceux qui suivent les armées (Paris, Chambre de l'édit, 30 avril 1655), valets d'armes, etc., même bourgeois, qui participent à la défense de leur cité, peuvent alors en faire usage (arrêts des Grands Jours de Clermont de 1582). Il suffit d'être à même de combattre et de s'être mis en chemin (Toulouse, Noël 1578 et 1579) ; on peut tester dans sa ville avant de partir en guerre (Toulouse, 13 avril 1627) (3).

Le prisonnier de guerre est assimilé au combattant selon les uns (Provence, 26 août 1663) (4), incapable de tester selon les autres, parce qu'il est au pouvoir d'autrui (5).

Celui qui porte les armes contre le roi ne peut profiter des faveurs de la loi (Toulouse, 1^{er} décembre 1598) (6).

Le testament militaire tombe, d'après Ricard, un an après la fin de la guerre. Le soldat peut aussi faire valoir,

(1) Domat, 2, 3, 1, 3, 15.

(2) Cambolas, liv. V, chap. 37 ; liv. VI, chap. 15.

(3) Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 37 ; — Papon, liv. 20, tit. I, chap. 7 et 23 ; — Maynard, t. I, liv. 5, chap. 17 ; — Cambolas, liv. V, chap. 37 ; — Ricard, I, n^{os} 1437 et suiv.

(4) Louët, lettre T, sommaire 8, n^o 35 ; — Furgole, 1^o c^o.

(5) Claude Le Brun, liv. II, p. 134.

(6) Papon, liv. 20, tit. 1, chap. 7.

durant les hostilités, un testament antérieur imparfait (1).

§ 3. — Testament en temps de peste.

Le testament fait en temps de peste n'est pas dispensé de toute forme ; certaines solennités sont simplifiées pendant les épidémies ; c'est une faveur spéciale aux pays méridionaux.

Le droit romain se borne à exempter de la présence simultanée des témoins et à permettre un léger relâchement dans les formes ; toutes les autres simplifications sont l'œuvre de la jurisprudence qui, selon les endroits, était plus ou moins large (2).

Dans les régions du Midi, cinq témoins suffisent au lieu de sept, par analogie avec le testament fait aux champs, en raison de la difficulté de trouver des gens de bonne volonté (Grenoble, 16 juin 1667, etc.) ; ils peuvent être appelés séparément pour entendre le disposant de manière à éviter la contagion ; ils n'ont pas besoin d'approcher, ni de voir ce dernier, pourvu qu'ils l'entendent (arrêts du Parlement de Toulouse du 14 juillet 1633 et du 16 mai 1642) (3).

Les femmes peuvent être témoins (Toulouse, 5 juillet 1630) (4). Les témoins ne sont pas dispensés de signer l'acte (Toulouse, mai 1570 ; Provence, 8 mai 1651) (5) ;

(1) Ricard, I, n^{os} 1448 et 1449.

(2) Ricard, I, n^o 1649 ; — Furgole, chap. 2, sect. 1, n^o 95 ; — Ferrière, « Dictionnaire de droit », V^e Testament fait en temps de peste.

(3) Henrys, 1^o c^o, chap. 2, quest. 9, 10 et 11 ; chap. 4, quest. 88 ; — Maynard, t. I, liv. V, chap. 16 ; — d'Olive, liv. 5, chap. 2 et 4 ; — Cambolas, liv. 6, chap. 9 ; — Louët, lettre T, sommaire 8, n^o 27 ; — Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 3, n^o 12.

(4) D'Olive, liv. V, chap. 3 ; — Cambolas, liv. 6, chap. 15.

(5) Louët, lettre 2, sommaire 8, n^o 34 ; — Ricard, I n^o 1649 ; —

deux arrêts (Toulouse, 4 mai 1630 et avril 1631) (1) validant des dispositions faites sans témoins, doivent être considérés comme des exceptions.

Ce testament peut être utilisé non seulement par les pestiférés, mais par tous ceux se trouvant dans un pays contaminé (2).

Mais il n'est plus valable un an après la fin de l'épidémie (Grenoble, 9 juillet 1664) (3).

Le Parlement de Toulouse admet que les magistrats ou officiers saisis de la maladie dans l'exercice de leur charge sont assimilables aux soldats frappés au combat, et que pour eux, deux ou trois témoins suffisent (arrêt du 16 avril 1632) (4).

La jurisprudence de Bordeaux distingue ; elle permet de n'appeler que cinq témoins si le disposant est malade ou si la peste est véhémente et rend les témoins difficiles à trouver (Bordeaux, 13 février 1530), mais si l'épidémie est légère et que tout le monde est resté en ville, il en faut sept (Bordeaux, 17 mars 1525) (5). Le Parlement de Paris, fidèle à la jurisprudence qu'il appliquait dans les pays de coutume, ne fait bénéficier le testament du temps de peste d'aucune diminution du nombre des témoins, ni d'aucune autre dispense (Paris, 12 mars 1570, 14 juin 1593 et 8 mai 1598) (6) ; selon cette Cour, il faudrait une loi pour permettre une pareille innovation. Domat déclare qu'il y a

Maynard, 1^o c^o ; — Voyez toutefois Henrys, 1^o c^o, chap. 2, question 11 et chap. 4, question 88.

(1) Louët, lettre T, sommaire 8, n^o 23.

(2) Henrys, 1^o c^o, chap. 2, question 10.

(3) Louët, lettre T, sommaire 8, n^o 29 ; — Ricard, I, n^o 1649.

(4) D'Olive, liv. V, chap. 2.

(5) Papon, liv. 20, tit. I, chap. 1.

(6) Papon, liv. 20, tit. I, chap. 20 ; — Choppin, Commentaire sur la coutume de Paris, liv. II, tit. IV, n^o 2.

bien moins d'inconvénients à ne pas favoriser les testaments contre les règles qui en prescrivent les formalités que de passer par dessus ces formes, puisqu'en général, les nullités des testaments n'ont pas d'autre effet que de laisser les successions aux héritiers ab intestat ; l'esprit coutumier avait pénétré dans les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris (1).

§ 4. — Testament mutuel.

Le droit écrit accepte les testaments mutuels et les testaments conjoints par un seul et même acte.

Mais ils étaient bien plus facilement révocables que dans les pays septentrionaux ; le Midi tient avant tout à la liberté de tester, il en fait un attribut essentiel de la personnalité juridique et n'admet pas qu'on puisse s'en priver même partiellement (arrêts du Parlement de Toulouse, 1570). Du vivant du co-testateur, le testament peut être révoqué par le simple changement de volonté d'une des parties, sans qu'il soit besoin d'une signification (Grenoble, 14 juillet 1666) (2) ; peu importe que le bénéficiaire du testament soit le co-disposant survivant ou un tiers.

Après le décès de l'une des parties, la révocation reste possible, même une fois le testament exécuté et accepté par le survivant ; si le bénéficiaire du testament est un tiers, elle n'est valable que pour la part donnée par la personne restée en vie et qui révoque, le légataire garde ce qu'il a reçu du défunt ; si le bénéficiaire est justement le co-testateur survivant, il doit abandonner les avantages dont il a été gratifié par le défunt et il reprend l'entière disposition de sa part (3).

(1) Domat, 1^o c^o, sect. 3, n^o 16.

(2) « Journal des audiences », t. II, liv. V, chap. 16.

(3) Bretonnier sous Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 34 — Fer-

Les pays de droit écrit du Parlement de Paris suivirent la jurisprudence des pays de coutume (1).

§ 5. — Testament « *inter liberos* ».

La question du testament *inter liberos* est une des plus embrouillée de l'ancien droit (2). Cette forme est un vieux reste de la *patria potestas* ; l'ascendant a la faculté de répartir comme il lui plaît ses biens entre ses enfants avec le moins de solennité possible. Elle est régie par quatre textes du droit romain. Le premier (Code III, 36, 26) déclare que si l'on trouve un écrit quelconque de la main d'un ascendant, cet écrit vaut pour servir de partage entre les descendants, sans qu'il soit besoin de témoins ou d'autres formalités ; même si les parts sont inégales et les enfants émancipés, ce partage est considéré comme une disposition *ab intestat* et non comme testament.

Le deuxième (Code 6, 23, 21, 1) dit que le testament imparfait dans la forme, est nul à l'égard des étrangers, mais est valable *inter liberos* ; il ne s'agit que du testament écrit.

D'après le troisième (Novelle 18, chapitre 7), le père qui veut partager ses biens, doit tout au moins rédiger un écrit et le signer lui-même ou le faire signer de tous ses enfants.

La novelle 107 est le texte le plus détaillé. L'ascendant est obligé d'écrire, dater et marquer lui-même le nom de ses enfants et leurs parts, sans chiffres ni abréviations ; il peut faire des dispositions particulières à des tiers par le même acte, à condition d'appeler cinq témoins. Ce testament ne peut être révoqué qu'explicitement par un testa-

rière, « Compilation », tit. 14, § 6, n° 7 ; — Maynard, t. 1, liv. 5, chap. 97.

(1) Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 6, n° 8.

(2) Furgole, chap. II, sect. 1, n° 30 et s.

ment solennel en faveur d'un étranger ; il n'est pas révoqué de plein droit par un testament postérieur.

Le droit écrit a maintenu ces dispositions, qui n'ont été compliquées que par les commentaires des interprètes.

Le testament peut être écrit ou non par le père : a) il est écrit de sa main ; la date, le nom et la part de chaque enfant doivent être inscrits par lui sans aucune abréviation, il est inutile que personne ne signe ; b) il est écrit d'une autre main, le père doit signer et y ajouter une subscriptio, c'est-à-dire une phrase approbative où le père ajoute simplement son acquiescement, et les enfants signent (1).

Le testament *inter liberos* n'est privilégié que s'il est écrit (2).

Le testament qui n'est ni signé, ni écrit par le testateur, ni daté, est nul (Toulouse, août 1581) (3). Toutefois, un testament écrit par le père, mais non daté, fut validé par mesure de bienveillance (Bordeaux, 1573) (4).

L'ascendant peut laisser ses biens à n'importe lequel de ses descendants, émancipé ou non ; s'il y a un legs à un étranger dans un testament ainsi rédigé sans témoins, ce legs est nul, mais le reste de l'acte est valable (5) ; un arrêt du Parlement de Toulouse du 29 mai 1630, permet d'y instituer des ascendants, concurremment avec des descendants, mais cette décision est sujette à discussion (6).

Jusqu'ici, tout paraît fort clair. Mais une malheureuse opinion de Cujas vint tout compliquer. Le grand docteur

(1) Furgole, chap. 2, sect. 1, n° 75 et suiv. ; — d'Olive, liv. V, chap. 36.

(2) Henrys, 1^o c°, chap. 4, question 32 ; — Ricard, I, n° 1461.

(3) Maynard, t. I, liv. 5, chap. 15 ; t. II, liv. 9, chap. 5, n° 3.

(4) Maynard, t. II, liv. 9, chap. 5, n° 4.

(5) D'Olive, liv. V, chap. 36.

(6) Cambolas, liv. VI, chap. 10 ; — Louet, lettre T, sommaire IX n° 20 ; — Ricard, I, note sous le n° 1654.

prétendit que les textes romains avaient bien dispensé le testament *inter liberos* de la signature des témoins et du sceau du père, mais non de la présence des témoins ; pour le surplus, il fallait suivre les formes ordinaires du droit ; il suffit de lire les textes cités plus haut pour voir l'erreur d'interprétation ; il n'y a aujourd'hui plus de doute à ce sujet.

Les Parlements du droit écrit, surtout celui de Toulouse, adoptèrent dans maintes occasions l'opinion de Cujas ; ils déclarèrent que le testament *inter liberos* devait être fait dans la forme nuncupative ou mystique, mais par mesure de bienveillance, et sans aucun texte, ils réduisirent le chiffre des témoins de sept à deux, minimum au-dessous duquel on ne pouvait descendre ; si bien qu'ils autorisèrent le testament *inter liberos*, même oral, par devant deux témoins (Toulouse, 16 mai 1632 et un arrêt de Bordeaux de 1598 (1) ; ils acceptèrent parfois des femmes comme témoins ; l'aveugle pouvait tester dans la forme nuncupative écrite, en présence de deux ou trois témoins, en faveur de ses enfants ! ! (Toulouse, 16 février 1622 et 11 juillet 1636) (2) ; certains auteurs étaient disposés à permettre les dispositions par signes pour les partages de famille (3) ; un arrêt du Parlement de Toulouse du 4 juillet 1628 valida un testament fait par un interdit (4). Maynard admet l'acte d'un fils de famille.

Toute cette jurisprudence est une invention des com-

(1) Maynard, t. II, liv. 8, chap. 8 ; t. II, liv. 9, chap. 5, n° 6 ; — Papon, liv. 20, tit. I, chap. 1 ; — Henrys, 1^o c°, chap. 4, quest. 32 ; — Olive, liv. V, chap. 6 ; — Cambolas, liv. 1, chap. 13 ; liv. 6, chap. 29 ; — Ricard, I, n° 1460 ; — Louet, lettre T, sommaire 8, n° 25.

(2) Olive, 1^o c° ; — Cambolas, liv. IV, chap. 34.

(3) Maynard, t. I, liv. V, chap. 6, n° 21 ; — Henrys, 1^o c°, chap. I, question 8.

(4) Louët, lettre T, sommaire 9, n° 19 ; — Maynard, t. I, liv. V chap. 1.

mentateurs ; Antonius Faber, Ricard et Furgole la critiquent avec raison (1).

Le testament *inter liberos* ne peut être révoqué que par un testament parfait contenant une dérogation spéciale. Une question reste discutée ; cette dérogation est-elle nécessaire lorsque le disposant fait un nouveau partage entre ses enfants ? Oui selon Joannes Faber, Irnenius, Ricard et Furgole (2) ; non d'après la glose d'Accurse, Balde, Maynard, d'Olive et Cambolas (3), même si le premier testament était fait devant sept témoins et le deuxième par l'ascendant tout seul ; d'autres auteurs ont essayé de distinguer si le deuxième partage était plus favorable aux enfants que le premier, mais cette opinion doit être écartée car c'est un principe indiscuté du droit romain que les avantages dont jouissaient les dispositions *inter liberos* étaient établies au profit des ascendants et non pour favoriser les enfants (4). La jurisprudence paraît s'être rangée à la deuxième opinion ; il n'est point besoin de clause dérogatoire spéciale en cas de nouveau testament *inter liberos* (Toulouse, 16 mai 1632, 2^e Chambre des enquêtes ; *contra* : Dijon, 22 août 1662) (5).

Par contre, un testament *inter liberos* révoque facilement un testament solennel fait selon les formes (Paris, 1^{er} juin 1571 (6) et contenant une clause dérogatoire.

(1) Faber, « De erroribus pragmaticorum », décades 35 et 36 : — Ricard, I, n^{os} 1453 et suiv. ; — Furgole, 1^o c^o.

(2) Ricard, I, n^o 1463 ; — Furgole, chap. 2, sect. 1.

(3) Maynard, t. I, liv. 5, chap. 20 ; — d'Olive, liv. V, chap. 1 ; — Cambolas, liv. VI, chap. 29.

(4) Domat, 1^o c^o. sect. I.

(5) D'Olive, 1^o c^o ; — Cambolas, 1^o c^o ; — Louet, lettre T, sommaire IX, n^o 38.

(6) Charondas, « Réponses », liv. IV, réponse 79.

§ 6. — Testament rustique.

Le Code de Justinien (VI, 23, 31) se relâche de quelques formalités pour les testaments des rustiques ; le droit écrit adopta la même manière de voir (1).

Au lieu de sept témoins, la loi romaine permettait de n'en réunir que cinq lorsqu'il a été impossible d'en trouver plus ; le droit écrit accorda cette faveur pour tous les testaments rustiques, sans se préoccuper si l'on avait pu ou non réunir plus de cinq personnes.

En cas de dispositions écrites, il peut être difficile de trouver des gens sachant écrire et signer : lorsque l'on se trouve en présence de cette difficulté, et dans ce cas seulement, l'acte est valable, à condition que un ou deux témoins au moins souscrivent et signent pour eux et pour ceux qui ne peuvent le faire, il est inutile que le notaire mentionne qu'il a interpellé les autres pour leur demander de signer (Toulouse, 25 juin 1667 ; Grenoble, 30 juin 1665) (2) ; mais tous les témoins doivent être présents à toute la cérémonie et connaître les dispositions en entier pour pouvoir en témoigner sous la foi du serment devant le juge après le décès du testateur, comme pour le testament oral.

Les interprètes discutaient si, par personnes rustiques, il fallait entendre les paysans seulement ou toutes les personnes même instruites habitant la campagne ; c'est à cette dernière solution que se range la majorité des auteurs ; les dispositions favorables de la loi étaient élaborées en raison

(1) Furgole, chap. 2, sect. 1, n^{os} 93 et 94 ; — Papon. liv. 20, tit. I, chap. 1 ; — Cambolas, liv. VI, chap. 29 ; — Ricard, I, n^o 1469 ; — Choppin, « Traité des privilèges des gens vivant aux champs », 1, 2.

(2) Louët, lettre T, sommaire IX, n^o 32.

de la difficulté que l'on avait de se procurer des témoins et non du degré social du testateur.

§ 7. — **Autres formes de testaments.**

a) Le testament maritime édicté par l'ordonnance sur la marine de 1681, et dont nous avons parlé plus haut, était applicable à toute la France.

b) Le testament olographe était, en général, interdit en droit écrit (Paris, 7 septembre 1626 ; Toulouse, 5 juin 1630) (1). Toutefois, dans les pays de droit écrit du ressort du Parlement de Paris, par suite de l'influence coutumière, il est autorisé par certaines décisions de la jurisprudence (Paris, 24 juillet 1601, 7 août 1649, 27 janvier 1651, 20 juillet 1652) (2) ; mais il y a plusieurs arrêts contraires (Paris, 7 septembre 1726, 4 septembre 1721) (3).

L'ordonnance de 1629, art. 126, qui essaya de l'étendre à toute la France, échoua, comme nous l'avons vu, devant l'hostilité des Parlements du Midi : à Toulouse, Grenoble et Bordeaux, cet article ne fut enregistré que pour le testament *inter liberos* ; seul le Parlement de Dijon l'admit pour les pays de droit écrit de son ressort où il subsista (Dijon, 21 août 1748).

D'Aguesseau, en 1735, n'osa pas faire aboutir cette réforme désirée par Lamoignon, Auzanet, Ricard et maints autres jurisconsultes : il faudra attendre la confection du Code civil.

(1) « Journal des audiences », t. I, liv. I, chap. 121 ; — Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question 2 ; — d'Olive, liv. V, chap. 36 ; — Sœlve, t. II, centurie 3, chap. 60 ; — Ricard, I, n^o 1487.

(2) Bretonnier sous Henrys, 1^o c^o ; — Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 67.

(3) « Journal des audiences », t. VII, liv. IV, chap. 20 ; — Voyez ce qui a été dit plus haut à propos des testaments coutumiers, p. 66.

c) A Avignon, terre papale, la forme canonique resta en vigueur ; le testament peut être passé devant un curé ou un vicaire et deux témoins (Paris, 7 septembre 1592) (1). La même forme se retrouve dans quelques rares coutumes méridionales, notamment à Toulouse ; comme l'écriture du curé n'était pas considérée comme authentique dans le Midi, on faisait publier le testament par l'autorité des juges du lieu, devant les témoins et les héritiers ab intestat, du vivant du testateur, de manière à en faire un acte public. C'est de cette persistance du testament canonique que provient la réduction adoptée à Toulouse du nombre des témoins de sept à trois dans les formes ordinaires, mystiques ou nuncupatives (2).

d) Dans certaines régions, à Toulouse, par exemple, le testament était valable sans témoins, à condition d'être fait en présence du juge séant pour l'expédition des causes ; le testateur déclarait ses volontés qui étaient consignées par écrit par le greffier sur ses registres (3), c'est un vestige du testament *apud acta*.

Le testament par contrat, passé entre l'héritier et le testateur, qui doit être prouvé par deux témoins, et dont parle Barthole, n'est qu'une invention de ce docteur (4).

e) Signalons, en terminant, que plusieurs coutumes avaient réduit le chiffre de sept témoins exigés dans les actes nuncupatifs ou mystiques ; à Toulouse, notamment, il suffisait de trois personnes ; ce tempérament au droit romain provient de l'influence canonique et coutumière.

(1) Maynard, t. I, liv. 5, chap. 5 ; — Choppin, liv. II, tit. IV, 4.

(2) Maynard, t. I, liv. 5, chap. 5.

(3) Claude Le Brun, « Le procès civil », II, p. 132 ; — Furgole, chap. 2, sect. 1, n° 91.

(4) Ricard, I, n° 1476 et suiv.

SECTION V. — Règles applicables à tous les testaments méridionaux.

§ 1. — Témoins.

a) Les témoins sont requis ad solemnitatem et non seulement ad probationem. Ils doivent donc offrir d'autres qualités que celles requises des témoins judiciaires ; ces qualités sont exigées aussi bien pour les formes exceptionnelles de testaments que pour les modes ordinaires.

Celui qui apporte son témoignage doit être français ; il n'y a que pour le testament en faveur du militaire que l'on admet les étrangers ; toute personne qui, en raison de son infamie, ne peut témoigner dans un procès, doit être écartée à plus forte raison, ainsi que les condamnés criminels, les repris de justice, celui qui a été reconnu avoir fausement dénié sa signature dans un précédent témoignage (1), etc.

Il faut être mâle, la fonction de témoin, aux yeux du droit romain, étant une fonction publique, requise pour la solennité de l'acte ; plusieurs arrêts et auteurs veulent cependant admettre les femmes dans certains testaments privilégiés, comme celui fait en temps de peste (Toulouse, 5 juillet 1530), celui du militaire, en faveur de la cause pie ou des enfants (2).

Il faut jouir de ses droits civils : les interdits et les fous doivent être exclus. L'incapacité des religieux, quoiqu'ils soient morts civilement, n'est pas aussi universellement acceptée qu'en droit coutumier ; d'après deux arrêts du

(1) Cambolas, liv. III, chap. 13.

(2) d'Olive, liv. V, chap. 3 ; — Cambolas, liv. 6, chap. 15 ; — Charondas, « Mémorables observations », V^e Testament.

Parlement de Paris (22 mai 1645 et 24 mars 1659) (1), ils ne peuvent remplir une pareille fonction ; mais le Parlement de Toulouse les accepte dans un testament militaire (13 avril 1627) (2) et même dans d'autres dispositions, à condition que l'on ne puisse se procurer d'autres témoins (16 avril 1647) (3), comme par exemple en cas de peste (Paris, 31 juillet 1663) (4) ; Guy Pape et Papon (5) voulaient les faire admettre pour tout mode de testament sans distinction ; il est inutile qu'ils soient autorisés de leurs supérieurs. Le serf peut témoigner car il a une capacité civile (6) ; de même, le fils de famille encore en puissance, sauf pour le testament de son propre père (7).

Il faut être pubère (la puberté était fixée à 14 ans pour les hommes), avoir l'usage de la parole, de la vue, de l'ouïe. Les infidèles, les hérétiques, les juifs et les excommuniés ont la faculté de témoigner dans un testament écrit, mais non dans un testament oral, car ils ne peuvent prêter serment en justice (8).

Le témoin doit entendre la langue dans laquelle sont formulées les dispositions en cas de testament nuncupatif ; c'est inutile pour la forme mystique (Digeste, 28, 1, 20, 9) (9).

Lorsqu'un témoin ne jouit pas des qualités voulues,

(1) Henrys, 1^o c^o, chap. 4, question 121 ; — Sœfve, t. I, centurie 1 chap. 81.

(2) Cambolas, liv. V, chap. 37.

(3) Louet, lettre T, sommaire, XII, n^o 23.

(4) Louët, lettre T, sommaire XI, n^o 4 ; — Ricard, I, n^o 1601.

(5) Guy Pape, question 517 ; — Papon, liv. 9, tit. 1, n^o 32 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n^o 9.

(6) Louët, lettre T, sommaire XI, n^o 6.

(7) Furgole, chap. III, sect. 2, n^o 2. — Ferrière, sur l'art. 289, glose IV, n^o 14.

(8) Furgole, chap. III, sect. 2, n^{os} 11 et suiv.

(9) Furgole, chap. III, sect. 1, n^o 8 ; — Ricard, I, n^{os} 1603 et 1358.

mais est réputé capable, le testament subsiste en vertu de la maxime « error communis fit jus », à condition que la méprise ne soit point trop grossière (Dijon, 3 février 1656) (1).

La capacité est requise au moment de la confection de l'acte seulement (2).

b) Les témoins peuvent être eux-mêmes légataires, mais ne peuvent être institués héritiers.

Le droit romain ne paraît pas avoir craint les suggestions des témoins. Justinien, le premier, interdit le témoignage de l'héritier. Le légataire fut toujours considéré comme un personnage secondaire, le legs comme un acte de peu d'importance (quoique parfois il absorba la plus grande part de l'actif) ; on avait pris l'habitude à Rome de s'attirer des témoins par de petits legs.

Le droit écrit suivit la législation de Justinien et l'appliqua aussi bien à la suscription du testament mystique que pour la forme nuncupative. Malgré Auzanet et Bourjon (3), il n'éleva aucune prohibition contre le légataire, et se borna à exclure l'héritier institué. Cet héritier ne peut même pas témoigner dans l'acte de suscription (4). Quoique la forme soit secrète, le testateur connaît qui il a choisi pour héritier, et c'est à lui de prendre d'autres témoins s'il ne veut pas que ses dernières dispositions soient annulées pour le tout.

Le témoin et l'héritier institué peuvent être parents à tous les degrés, à condition qu'il n'y ait pas entre eux de liens de dépendance créés par la puissance paternelle (Gre-

(1) Furgole, chap. III, sect. 1, n° 7.

(2) Furgole, chap. III, sect. 1, n° 5 ; — Ricard, I, n° 1357.

(3) Auzanet. « Mémoires et réflexions », p. 89 et suiv ; — Domat, I c°, sect. 3, n° 9.

(4) Domat, I° c°.

noble, 31 juillet 1663, et Paris, juillet 1673) (1) ; il leur est loisible d'être parents en ligne directe ou conjoints, quoiqu'en disent Domat et Bourjon.

Le notaire, dans le testament mystique, n'est qu'un simple témoin ; il suffit donc qu'il présente, outre son caractère d'officier public, les qualités que nous avons requis des témoins (Paris, 27 août 1742, validant un acte où le notaire était parent de l'héritier institué) (2).

Mais il faut faire une distinction entre le témoin et la personne employée par le testateur pour écrire ses volontés (il ne s'agit que de l'écriture du testament et non de la suscription de la forme mystique) ; celle-ci ne doit pas profiter de l'acte qu'elle a rédigé, elle ne peut recevoir un legs à peine de nullité de l'acte et d'être condamnée comme faussaire à la déportation (« sibi abscripsit in testamento ») ; la peine de faux se remettait d'ordinaire si le coupable avait été de bonne foi. Si le testateur validait dans la suscription du testament mystique la libéralité faite à celui qui avait écrit les dispositions elles-mêmes, ce légataire étant dégagé de tout soupçon de suggestion recevait sa part et l'acte était validé ; une confirmation de ce genre était impossible pour celui qui rédigeait l'acte nuncupatif. Souvent le notaire ou le témoin ne pouvaient recevoir un don quelconque du disposant, mais il faut bien noter que l'incapacité ne provient pas de la qualité de témoin, mais de celle de scribe.

Le témoin peut être nommé tuteur ou exécuteur testamentaire dans l'acte (3).

c) Il est permis aux parents du testateur de lui servir de témoins, à condition de ne pas être sous sa puissance ;

(1) Louet, lettre T, sommaire 8, n° 26 ; — Merlin, Répertoire tome 17, V° Témoin instrumentaire, II, n° 16.

(2) Denisart, Décisions, V° Testament mystique, n° 16.

(3) Furgole, chap. 3, sect. 2^e n° 3.

pour le testament militaire, cette dernière restriction n'existe même pas (1) ; toutefois, le Parlement de Paris exclut dans les pays de droit écrit de son ressort tous les ascendants, les descendants, les frères et les domestiques du disposant (Paris, 3 mai 1646) (2).

Les témoins peuvent être parents entre eux s'ils ne dépendent pas de la même patria potestas. Il est donc admissible qu'ils soient parents du notaire dans le testament mystique puisque l'officier public n'est qu'un témoin (Paris, 2 décembre 1669, juillet 1673) ; si, par extraordinaire, on appelle deux notaires, ils pourront être parents entre eux (3).

d) Les témoins doivent-ils être priés spécialement d'assister à la cérémonie ? Doivent-ils être requis expressément ?

Il est nécessaire, dans les pays du Midi, de leur demander de prêter leur concours (Digeste, livre 28, titre 2, loi 21, § 2 et Nouvelle 90, chap. 3) ; il est inutile de les mander spécialement dans ce but, il suffit de les avertir qu'on souhaite avoir leur témoignage lorsqu'ils sont réunis par hasard ou autrement (4) ; s'ils se trouvaient pris sans avertissement, leur présence est insuffisante, il n'y a que les codicilles qui seraient validés en ce cas.

Le Parlement de Paris, seul, faisait exception à cette règle et suivait les préceptes coutumiers ; cette formalité,

(1) Ferrière, sur l'art. 289, glose 4, n° 14.

(2) Domat, 1^o c^o, sect. 3, n°s 10 et 11 ; — Sœfve, t. I, centurie 1, chap. 92 ; — « Journal des Audiences », t. VII, Supplément, liv. I, chap. 527 ; — Comparez Furgole, chap. 3, sect. 2, n° 10.

(3) Furgole, chap. 2, sect. 3, n° 87 ; chap. 3, sect. 2, n° 6 ; — Ricard, I, n° 1356.

(4) Henrys, 1^o c^o, chap. 1, quest. 1 ; — Furgole, chap. 3, sect. 1, n° 9 ; — Ferrière, sur l'art. 289, glose 4, n° 16 ; — Ricard, I, n° 1351 ; — Voyez toutefois un arrêté du Parlement de Toulouse du 8 janvier 1602 dans Louet, lettre T, sommaire 8, n° 22.

dit Domat (1), « avait été jugée nécessaire pour des testaments qui n'étaient pas écrits, mais puisque dans notre usage, il faut que le testament soit écrit, il suffit que les témoins se trouvent à la lecture et signature du testament..., le fait de leur présence et leur signature prouve que les témoins ont été priés de rendre cet office » (Comparez un arrêt de ce Parlement du 3 mai 1646, où le testament fut annulé pour d'autres motifs) (2).

Les témoins doivent signer l'écrit lorsqu'il y en a un ; leur signature remplace la souscription et le sceau du droit romain ; aussi est-elle presque indispensable dans la souscription de la forme mystique ; il n'y a d'exception que pour les testaments faits à la campagne (Digeste, 23, 2, 22).

Pour les dispositions nuncupatives écrites, ceux qui ne savent pas écrire leur nom n'ont qu'à le déclarer (Paris, 30 juillet 1665) (3) ; s'ils signent, il est inutile de mentionner cette formalité dans le corps de l'acte (Toulouse, 4 janvier 1605) (4) ; l'édit de Blois et la déclaration du roi du 19 novembre 1681, qui demandaient qu'il y ait au moins un témoin sachant signer lorsque le disposant ne peut le faire, n'étaient pas applicables aux testaments passés devant plus de deux témoins.

Un témoin qui a signé ne peut offrir de prouver en justice que ce qui se trouve inséré dans le testament écrit est faux ; il ne serait admis à faire cette preuve qu'en cas d'inscription de faux contre l'acte en question, et encore sa déclaration seule ne devra pas suffire pour convaincre les juges (5).

(1) Domat, 1^o c^o, sect. 3, préliminaires.

(2) Sœfve, t. I, centurie 1, chap. 92 ; — « Journal des audiences » t. VII, Supplément, liv. I, chap. 527.

(3) Sœfve, t. II, centurie 3, chap. 59.

(4) Louet, lettre T, sommaire VIII, n^o 22.

(5) Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Témoin instrumentaire

§ 2 — Preuve des testaments au décès du disposant.

Au décès du testateur, il faut établir la preuve du testament oral, assurer la conservation du testament nuncupatif écrit, ouvrir le testament mystique.

Ces formalités ne sont pas intrinsèques, ni inhérentes à l'acte lui-même ; elles ne contribuent pas à sa validité puisqu'elles sont postérieures à sa confection.

Nous distinguerons trois cas, selon que l'on a à faire à un :

- Testament oral (nuncupatif oral, militaire, etc.) ;
- Testament écrit mais non clos (nuncupatif écrit, etc.) ;
- Testament écrit et clos (mystique).

a) *Testament oral* (1). — Il est nécessaire de fournir, après le décès du testateur, la preuve qui n'a point été faite lorsque le disposant a déclaré ses volontés.

Cette preuve se fait par voie d'enquête et d'autorité de justice.

Elle sera permise ou ordonnée par le juge compétent, qui peut être saisi de la question par tout intéressé ; pour demander l'ouverture de l'enquête, Maynard prétend qu'il faut une instance contradictoire entre le demandeur et les héritiers ab intestat, de manière à ce qu'il ne soit point engagé de procédure inutile si le titre est manifestement nul ; à Toulouse, on se contentait d'une ordonnance du magistrat, rendue sur requête.

En vertu de cette ordonnance, le demandeur assigne toutes les parties intéressées, c'est-à-dire les héritiers ab intestat, les héritiers institués, les légataires et les exécuteurs testamentaires pour voir procéder à l'audition des témoins ; si l'une des parties n'a pas été assignée, toute la

(1) Voir Furgole, chap. II, sect. 5.

procédure est nulle d'après la jurisprudence du Parlement de Toulouse.

Il doit être également procédé à une citation desdits témoins devant le juge aux jour et heure fixés par ce dernier. A cette date, on écoute leurs dépositions après leur avoir fait prêter serment ; la procédure suivie est celle indiquée par l'ordonnance de 1667 au titre des enquêtes, sauf que les successeurs ab intestat ne sont pas admis à ouvrir une contre-enquête.

Les témoins doivent déposer non seulement sur les déclarations du testateur, mais ils doivent indiquer dans quelles circonstances elles ont été prononcées, de façon que l'on puisse savoir si les formalités ont bien été remplies. Si tous les témoins sont d'accord, le testament est rédigé par écrit et publié, c'est-à-dire inséré parmi les minutes du greffe ; le greffier délivre des expéditions à tout intéressé. Si l'un des témoins contredit la déposition des autres, il doit être considéré comme n'ayant pas été appelé, bien qu'il ait assisté à l'acte, puisqu'il ne porte pas témoignage en faveur du testament ; s'il n'a pas été convoqué de témoin supplémentaire à la confection de l'acte, il n'en reste plus le nombre nécessaire et le testament est imparfait ; en cas de divergences de vues sur des points tout à fait secondaires, les dispositions resteraient néanmoins valables dans leurs bases essentielles. Les auteurs discutaient si les témoins étaient reprochables ; Bretonnier et Albert (1) ne l'admettaient pas, car le testament aurait été trop facilement annihilé. Catellan (2) accepte que certains témoins soient déclarés objectables, ils compteront parmi les sept témoins instrumentaires nécessaires à la confection

(1) Note sur Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question 7 ; — Albert, V^o Testament, art. 13 (Jurisprudence du Parlement de Toulouse).

(2) Catellan, liv. II, chap. 5.

de l'acte ; ils ne peuvent déposer après le décès, mais il suffira que les autres témoignages soient concordants et en nombre suffisant pour fournir une preuve judiciaire (c'est-à-dire en nombre de deux au minimum : *testus unus, testis nullus*). Selon Maynard et Furgole, enfin (1), les témoins peuvent être reprochés et si tous ceux qui sont requis pour la validité du testament ne sont pas « *omni exceptione majores* », l'acte est nul (en ce sens, Toulouse, 16 février 1728) : solution très rigoureuse.

Nous avons déjà vu qu'en cas de prédécès d'un des témoins, maints auteurs annulaient les dispositions s'il n'avait pas été appelé de témoin en excédent à leur confection, car le nombre requis par la loi était exigé selon eux aussi bien pour la solennité que pour la preuve du testament (en ce sens, Toulouse, 11 juillet 1727 ; Furgole, Président Faber, Ricard) (2).

Lorsque la procédure d'audition des témoins est nulle, le testament reste naturellement debout et il suffit de recommencer l'enquête (Toulouse, 16 février 1728).

Quelques auteurs et d'anciens arrêts déclaraient que la preuve par témoins n'était plus recevable même pour un testament *inter liberos* lorsqu'il s'était écoulé plus de dix ans depuis le décès du testateur (3) ; le Parlement de Toulouse décida, en dernier lieu, que ce laps de dix ans n'était pas un terme fatal (Toulouse, 14 janvier 1643) (4) ; toutefois, il importe d'agir vite, car la mémoire des témoins a des bornes.

La preuve du testament militaire oral est identique à celle du testament nuncupatif.

(1) Maynard, t. I, liv. V, chap. 5 ; — Furgole, 1^o c^o.

(2) Furgole, chap. 2, sect. 5, n^o 10 ; — Ricard, I, n^o 1388 ; — Faber, de *erroribus*, década 67, error 6

(3) Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question 7 ; — Maynard, t. I, liv. V, chap. 94.

(4) D'Olive, liv. V, chap. 22 (additions) ; — Henrys, 1^o c^o.

b) *Testament écrit non clos.* — Lorsque le testament nuncupatif était écrit par une personne privée, il ne faisait point preuve entière par lui-même : ce n'était qu'un commencement de preuve, servant de base à l'interrogatoire des témoins qui avait lieu comme pour le testament oral ; l'enquête portait sur les articles écrits dans l'acte (1).

En cas de testament nuncupatif écrit par un notaire, l'acte faisait pleine foi ; il n'y avait pas lieu de procéder à aucune vérification, ni à aucune ouverture, le testament ayant été fait publiquement ; aussi il était inutile de recourir au juge (2) ; l'acte était immédiatement exécutoire et ne pouvait être attaqué que par inscription de faux ; le notaire le conservait au rang de ses minutes et en délivrait des grosses exécutoires aux héritiers institués, aux légataires et aux exécuteurs testamentaires et des copies à tout intéressé (3).

Quant au testament olographe, dans les rares régions où il est autorisé, et au testament écrit de la main du disposant et non signé (testament militaire, *inter liberos*) (4), le testateur pouvait le reconnaître de son vivant devant une personne publique, soit un juge qui faisait dresser un procès-verbal de comparution et de reconnaissance par son greffier, soit un notaire ; il n'y avait alors aucune nécessité d'appeler les successeurs ab intestat au décès, car l'acte a acquis une valeur probante équivalente à celle d'un acte authentique. Mais cette reconnaissance était très rare : il fallait, à son défaut, avant de pouvoir exécuter le testament, assigner les intéressés, héritiers ab intestat, héritiers institués, légataires, etc..., pour voir procéder à la vérifi-

(1) Maynard, t. I, liv. V, chap. 4.

(2) Furgole, chap. 2, sect. 4, n° 22.

(3) Domat, 1^o c°, sect. 1, n° 18.

(4) Furgole, chap. 2, sect. 6.

cation de l'écrit en justice par experts et par comparaison d'écriture suivant la procédure réglée en cette matière par l'ordonnance de 1667 et la déclaration de 1684 ; selon Furgole et un arrêt du Parlement de Toulouse du 6 juin 1744, cette expertise n'est pas nécessaire pour les actes olographes dans les coutumes qui les déclarent « solennels » par disposition expresse, car ils ont alors une espèce de caractère public. (Les héritiers du sang peuvent toujours naturellement dénier l'écriture).

c) *Testament mystique* (1). — L'ouverture du testament clos est nécessaire : 1° pour pouvoir connaître et exécuter la volonté du défunt ; 2° pour donner un caractère public à l'acte d'un particulier qui n'a pas été reçu par une personne publique ; 3° pour constater l'état de l'écrit et prouver que le testateur n'a pas changé de volonté en le déchirant ou en rompant les sceaux ; 4° pour permettre de transiger, s'il y a lieu, sur les contestations à naître à propos de l'exécution des dispositions qui y sont contenues.

Elle se fait en justice ou devant notaire.

A Rome, l'ouverture avait lieu devant le juge compétent pour statuer (c'était le préteur et, au bas-empire, le *magister census*) et nulle part ailleurs. En France, où l'on suivait le droit romain, aucune loi ne fixait le magistrat compétent ; ce sera donc celui du domicile du testateur à son décès, ou celui dans le ressort duquel le testament a été déposé, ou celui du lieu où est située la majorité des biens du défunt, ou enfin celui du domicile des héritiers ab intestat que l'on appellera à l'ouverture. D'ailleurs, l'incompétence du juge ne rend pas la procédure nulle pourvu

(1) Furgole, chap. 2, sect. 4 ; — Claude Le Brun, « Le procès civil », liv. II, p. 158 ; — Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question I ; — Ricard, I, n^{os} 1397 et suiv. ; — Comparez Ferrière « Compilation », tit. 14, § 4, n^o 13.

que l'on ait eu recours à un juge ordinaire et que l'on ait bien observé les formes.

Comme d'ordinaire, la suscription était passée devant notaires, on prit l'habitude de faire procéder également à l'ouverture et à la publication des actes mystiques par les notaires, et cette ouverture était valable comme si elle avait été faite en justice (1).

Un arrêt de Règlement du Parlement de Toulouse du 29 avril 1746, défend aux notaires de se dessaisir des testaments mystiques dont ils se trouvent détenteurs au décès du disposant, à peine d'amende et de dommages-intérêts ; ils doivent en faire ouverture dans la quinzaine du jour où ils connaissent le décès et dénoncer cette publication aux substituts du Procureur général (2).

Toute personne qui a entre les mains un testament clos, peut et doit requérir cette ouverture ; n'importe qui peut l'y contraindre. Si elle ne veut pas se porter elle-même demanderesse, elle n'a qu'à transmettre l'acte au Procureur du roi qui la remplacera.

Le juge octroie au demandeur une ordonnance sur requête, lui permettant d'appeler à jour, heure et lieu fixés les témoins vivants et le notaire qui ont assisté à la suscription ; il est également prudent d'assigner les successeurs ab intestat, mais la loi ne prévoit aucune nullité. Si les témoins ne sont pas tous sur les lieux, l'on n'appelle que ceux qui demeurent dans le voisinage.

Le jour indiqué, à l'audience d'ordinaire, mais parfois au greffe, le testament clos est présenté au notaire et aux témoins, et le juge leur demande si l'acte qui leur est montré est bien celui qui avait été présenté par le testateur

(1) La procédure étant la même que celle faite en justice, nous ne parlerons que de celle-ci.

(2) Denisart, « Actes de notoriétés du Châtelet de Paris », en note sous un acte du 20 mars 1708,

comme contenant ses dernières volontés et qu'ils ont signé et cacheté ; ils doivent reconnaître leurs seings et, celui qui serait convaincu d'avoir renié à tort sa signature, deviendrait à tout jamais intestable (1) ; le juge vérifie si les sceaux sont bien intacts et décrit, dans le procès-verbal que dresse le greffier, la forme extérieure actuelle de l'acte, il y ajoute le nom et la qualité de la personne qui l'a exhibé et la manière dont il en a été saisi.

Le magistrat ouvre alors le testament, en donne lecture et le greffier le transcrit avec la suscription à la suite de son procès-verbal, en déclarant que cet enregistrement est fait pour servir et valoir de preuve à l'occasion (2). Il est d'usage que le juge interpelle les parties présentes et les somme de déclarer si elles ont un vice de forme quelconque à opposer (3) ; enfin, il paraphe le testament.

Régulièrement, il faut la présence de la majorité des témoins pour procéder à l'ouverture ; cependant, en leur absence, on opère d'autorité de justice et devant de nouvelles personnes dignes de foi, de préférence des gens qui connaissent les signatures des témoins et du notaire absents (4) ; le testament est recacheté après la cérémonie par tous ceux qui ont assisté à l'ouverture et il est envoyé aux témoins qui n'ont pas pu venir, pour qu'ils reconnaissent leurs sceaux et leurs signatures.

Si un ou plusieurs témoins sont décédés, on vérifie leur cachet et leur griffe par comparaison avec leur écriture, en faisant appel aux gens qui les ont connus, à la mémoire des autres témoins s'il en reste, etc... Mais les dispositions restent toujours valables ; il y a là une différence essen-

(1) Cambolas, liv. III, chap. 13.

(2) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 1, nous donne un modèle de procès-verbal d'ouverture en droit romain.

(3) Denisart, « Notoriétés », V^o Testament mystique, n^o 13.

(4) Domat, 1^o c^o, sect. 3, n^o 19.

tielle entre le testament mystique dont la preuve préexiste au décès du testateur et le testament nuncupatif oral.

Si un témoin ne reconnaît pas son sceau, on procède néanmoins à l'ouverture, mais l'acte sera suspect et pourra être attaqué plus facilement par les héritiers ab intestat.

A Rome, on avait l'habitude de ne publier ni la date du testament pour éviter la fabrication d'un testament antérieur, ni les parties que le testateur désirait voir rester secrètes ; le droit écrit ne fait aucune exception à la règle de la publicité ; d'ailleurs la date est connue puisque l'acte gradué du lieu peut le remplacer (1).

En l'absence du juge de la juridiction, le plus ancien gradé du lieu peut le remplacer (1).

Le testament une fois enregistré au greffe ou dans les registres du notaire, cette transcription a la même valeur que l'acte lui-même et fait foi en cas de perte. Lorsque l'ouverture a lieu en justice, l'acte est rendu au notaire qui a reçu la suscription et qui en délivre des expéditions ; toutefois, presque partout le greffier garde la faculté de fournir également des copies d'après la transcription qu'il a conservée (Toulouse, 29 février 1672, arrêts cités par Catellan, tome 1, livre 2, chapitre 12).

Le testateur peut diviser son testament en plusieurs parties que l'on n'ouvrira que successivement et à des dates fixées (2).

Il est défendu de procéder à l'ouverture des dispositions d'une personne vivante, sous la peine de faux.

d) Les ordonnances qui ont organisé, à la fin du xvii^e siècle, le contrôle des testaments, s'appliquent aux pays du Midi comme à ceux du Nord.

(1) Merlin, « Répertoire », t. 17, V^e Testament mystique, p. 437 et suiv.

(2) Ricard, I, n^o 1400.

SECTION VI. — **Révocation des testaments.**

I. — Le droit écrit, comme le droit romain, n'admet pas qu'une personne puisse laisser en mourant plus d'un testament à la fois ; lorsqu'il en a été rédigé plusieurs, le dernier en date est seul valable.

Tout testament postérieur révoque donc les dispositions faites antérieurement, *ipso facto*, sans qu'il soit besoin de le dire, ni possible d'agir autrement.

Un testament solennel, fait selon le droit commun, est annulé par un autre plus récent de forme exceptionnelle, rédigé par privilège spécial et qui offre le plus souvent bien moins de garanties (Paris, 1^{er} juin 1571 ; voyez toutefois Paris, 4 juin 1593) (1).

Une seule exception se présente en faveur des dispositions au profit des descendants, qui ne peuvent pas être révoquées par un nouveau testament au profit d'étrangers si elles ne sont pas spécialement annulées ; mais le principe du testament unique subsiste toujours et si les dispositions *inter liberos* sont maintenues, le second acte ne sera pas valable (2) ; en d'autres termes, tout testament en faveur des descendants contient une clause dérogatoire tacite (Toulouse, 2^e Chambre des enquêtes, Pâques 1581 ; Provence, 19 décembre 1652 et 10 mars 1662 ; Toulouse, 23 juin 1660) (3) ; si le deuxième testament devait profiter aussi aux enfants, nous avons vu plus haut qu'il n'est point besoin, d'après l'opinion dominante, de révocation ex-

(1) Papon, liv. 20, tit. I, chap. 3 ; — Maynard, t. I, liv. 5, chap. 6, n° 22 ; — Cambolas, liv. VI, chap. 29 ; — Charondas, « Résolutions, » 4^e part., tit. I.

(2) D'Olive. liv. V, chap. 1.

(3) Maynard, t. I, liv. V, chap. 19 ; — Choppin, liv. II, tit. IV, n° 15 ; — Louët, lettre T, sommaire IX, n° 42 à 44.

presse (1). Cet avantage accordé au père de famille *inter liberos* est quelquefois étendu aux legs en faveur de la cause pie (Toulouse, 24 mai 1583 ; Comparez Toulouse, Pâques 1581) (2).

La révocation tacite n'a lieu que si les nouvelles dispositions sont valables ; le premier acte ne tombe, en effet, que parce qu'il faut en sacrifier un. Si les secondes libéralités avaient été valablement rédigées, mais devenaient caduques en raison de l'incapacité ou du prédécès de l'héritier, ou de tout autre cause, le testament primitif, une fois annulé, ne peut revivre de lui seul (Grenoble, 9 janvier 1660 et Provence, 25 février 1672) (3). Mais lorsque le testateur déclare qu'il révoque ses dernières volontés *pour les remplacer* par d'autres, et meurt avant d'avoir procédé à ce remplacement, la révocation doit être considérée comme imparfaite, donc inexistante (4). D'ailleurs, en toutes circonstances, le juge doit rechercher de préférence l'intention du défunt.

II. — Un testament peut être révoqué dans les formes ordinaires devant un notaire et sept témoins sans tester à nouveau, à condition d'exprimer la volonté formelle d'en revenir à la succession ab intestat (Paris, 12 juillet 1599) (5).

Au bout de dix ans, la révocation peut également avoir lieu devant un notaire et deux ou trois témoins, ou selon quelques-uns, devant trois témoins seulement ; Furgole se contente d'un acte notarié ordinaire. Théodose avait dé-

(1) Maynard, t. I, liv. V, chap. 20.

(2) Maynard, t. I, liv. V, chap. 19 et 21.

(3) Louët, lettre T, sommaire 9, n^{os} 26 et 51.

(4) Maynard, t. I, liv. V, chap. 23.

(5) Charondas, « Résolutions », 4^e part, tit. 1 ; — Furgole, chap. XI, n^o 100.

claré que tout testament serait nul de lui-même au bout de 10 ans. Justinien, supprimant cette nullité, permit de révoquer tout acte dressé depuis plus de dix ans au moyen d'une déclaration devant trois témoins (1) ; le droit écrit suivit la législation de Justinien (Toulouse, arrêt de 1581, Grands Jours de Lyon, 14 octobre 1596) ; certains auteurs, comme Papon et quelques arrêts, principalement du Parlement de Paris (25 mai 1552), pour favoriser les héritiers du sang, admirent ce mode de révocation même avant le laps de 10 ans, et n'exigèrent plus après la période décennale qu'une simple manifestation de volonté (2). Les dix années courent de la confection du testament et non de la date de révocation (3) ; l'acte révocatoire peut être fait avant leur expiration et sera valable au bout de ce délai (Grenoble, 10 mars 1549) (4) ; il suffit que le testateur détruise ses premières volontés, il est inutile qu'il ajoute qu'il a l'intention de mourir intestat : cette volonté se présume.

III. — Le testament nuncupatif écrit n'est pas révoqué par la destruction du papier sur lequel il est écrit, car nous avons vu que l'écriture n'y joue qu'un rôle accessoire.

Mais le testament mystique est rompu par la seule destruction des cachets qui le fermaient.

IV. — Nous ne mentionnons que pour mémoire la révocation pour survenance d'enfants, lorsque le disposant n'avait pas de descendants au moment où il a testé.

(1) Charondas, « Pandectes », liv. III, chap. 8 ; — Choï pin, II, IV, n° 5.

(2) Papon, liv. XX, tit. 1, chap. 3 et 21 ; — Maynard, t. I, liv. V, chap. 6, n° 25.

(3) Furgole, chap. XI, n° 99.

(4) Maynard, t. I, liv. V, chap. 23 ; — Papon, liv. XX, tit. 1, chap. 3.

V. — De la clause dérogatoire.

La clause dérogatoire est admise en droit écrit comme en droit coutumier (1).

Pour révoquer un testament antérieur dans lequel elle se trouve, il ne suffit pas de procéder en termes généraux, il faut la viser spécialement (Grenoble, 2 août 1547) (2).

L'on peut se borner à mentionner expressément le sens de la clause sans rappeler les termes mêmes dans lesquels elle est conçue (Toulouse, 14 août 1596) ; toutefois, le Parlement de Grenoble exigeait la révocation « in terminis » (16 mai 1645, 16 juillet 1647, 10 juillet 1654) (3) ; lorsque le testateur a oublié, pour un motif légitime, les paroles exactes de la disposition dérogatoire, il peut employer des termes plus généraux (Provence, février 1666) (4), à condition de ne pas l'omettre totalement et d'y faire au moins une allusion précise (Toulouse, mars 1625) (5).

Certains auteurs ne jugent pas nécessaire de répéter la clause si le testament qui la contient a plus de dix ans d'existence ou si le disposant est un soldat ou un paysan (6). Nous avons vu que tout acte de dernière volonté au profit d'étrangers tombait toujours *ipso facto* en présence d'un testament postérieur *inter liberos* (Grenoble, 7 mars 1609) (7).

(1) De la Rocheffavin, « Arrêts », liv. VI, tit. 77, Arrêts, 3 et 5 ; — Maynard, t. I, liv. V, chap. 19 à 21 ; — Expilly, « Arrêts du Parlement de Grenoble », chap. 78 ; — Bouvot, t. I, lettre D, V^o Dérogations, quest. 1 et 2 ; — Louët, lettre T, sommaire 9, n^o 2.

(2) Papon, liv. XX, tit. 1, chap. 4.

(3) Maynard, t. II, liv. X, chap. 2 ; — Louët, lettre T, sommaire 9, n^o 23.

(4) Louët, lettre T, sommaire 9, n^o 40.

(5) Cambolas, liv. V, chap. 4.

(6) Henrys, 1^o c^o, chap. 2, question 12.

(7) Louët, lettre T, sommaire 9, n^o 24.

La clause doit figurer dans le corps de l'acte pour être valable ; un arrêt du Parlement de Toulouse du 21 juillet 1623 ne tient pas compte d'une dérogation placée après la mention de la lecture, car elle peut avoir été rajoutée postérieurement (1). Elle peut être mise dans un codicille, tout au moins dans un codicille additif à un premier testament (2).

SECTION VII. — **Les codicilles** (3).

§ 1. — **Le codicille**

Les codicilles sont des actes de dernière volonté, moins solennels que les testaments, par lesquels on ne peut instituer un héritier, car ils ne doivent contenir que des legs ou fidéicommiss ; toute disposition, à titre universel, qui y est insérée, ne vaut que comme legs sujet à la délivrance des héritiers ; plusieurs codicilles peuvent co-exister entre eux (codicilles *ab intestat*) ou avec un testament antérieur ou postérieur (codicille testamentaire) ; ils ne tombent pas d'eux-mêmes dès qu'il est dressé un acte de dernière volonté ultérieur.

Les codicilles doivent être dressés de la même manière que les testaments : formes nuncupative orale ou écrite, mystique, etc... La solennité n'est diminuée que sur certains points ; c'est ainsi que cinq témoins suffisent au lieu de sept et qu'il est inutile qu'ils soient requis ; dans les pays où le nombre des témoins avait été réduit à moins de cinq, le codicille doit avoir lieu en présence d'autant de personnes que le testament (codicille *inter liberos* devant

(1) Cambolas, liv. V, chap. 4.

(2) Cambolas, liv. VI, chap. 35.

(3) Furgole, chap. 12 ; — Ricard, I, n° 1405 et suiv.

deux témoins, etc...) ; pour le disposant aveugle, il faut ajouter un témoin supplémentaire dans les codicilles comme dans les testaments (1) ; mais les règles édictées pour la capacité des témoins, leur présence, la confection de l'acte, les signatures, le mode de clôture des actes mystiques, etc., ne subissent aucune modification. A Toulouse et à Bordeaux, mais non dans le ressort du Parlement de Paris, le disposant peut s'exprimer par signes si ces signes ne sont pas équivoques et s'il n'est pas muet naturellement ; en général, les dispositions par interrogat sont admises aussi (2). De même, les lettres missives sont valables à titre codicillaire si elles ont été écrites en présence de cinq personnes, à condition de contenir l'expression d'une volonté actuelle et déterminée, il faut une disposition sérieuse (Bordeaux, 12 mars 1596 ; Paris, 1607 ; Toulouse, 22 février 1616 ; comparez Paris, 21 janvier 1720) (3) ; *inter liberos*, les lettres missives seraient parfaites sans témoins. Le droit écrit n'admet plus de fidéicommiss valable sans forme ; dans certains cas, cependant, le fidéicommissaire peut s'en rapporter au serment de l'héritier (4).

Un codicille ne peut révoquer un testament antérieur ; il ne peut que le modifier. Pourrait-on confirmer par codicille un testament imparfait pour vices de formes en ne faisant qu'un simple rappel de l'acte qui n'est pas valable ? La question est discutée, mais l'opinion prédominante exige que les dispositions soient répétées une à une, de manière que le codicille puisse être considéré comme totalement

(1) Furgole, chap. 12, n° 13.

(2) Henrys, 1^o c°, chap. 1, question 8 ; — Bretonnier sous Henrys, 1^o c° ; — Ricard, I, n° 1480 et 1481.

(3) Furgole, chap. 2, sect. 7, n° 12 et suiv. ; — Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Testament, p. 292 ; — « Journal des audiences », t. VII, Supplément. liv. IV, chap. 139 ; — Ricard, I, n° 1478.

(4) Ricard, I, n° 1479.

distinct du testament ; car tout codicille qui n'est que le corollaire d'un testament antérieur, tombe avec lui, mais il n'en est pas de même des codicilles indépendants (1) ; Furgole et Argou admettent que la confirmation en termes généraux suffit et que le testament nul vaudra comme fidéicommiss (Paris, 22 janvier 1665 ; Toulouse, 13 septembre 1727) (2).

Si le testament était devenu caduc par survenance d'enfants, tout le monde admet qu'un codicille en termes généraux suffirait pour lui rendre toute sa force.

Les codicilles mutuels sont possibles jusqu'en 1735.

Il est procédé à l'ouverture des codicilles au moyen de la même procédure que celle que nous avons étudiée plus haut. La révocation d'un codicille est semblable à celle d'un testament : le nombre des témoins est seulement réduit de sept à cinq s'il y a lieu.

§ 2. — Clause codicillaire (3).

On appelle clause codicillaire, une clause insérée dans un testament, par laquelle le disposant demande qu'au cas où l'acte qui a été dressé ne peut être maintenu à titre de testament, il soit du moins exécuté comme codicille s'il présente les formes requises. Les legs subsistaient, et l'institution d'héritier était convertie en fidéicommiss dont la délivrance était réclamée aux héritiers ab intestat, sous la réserve de la quarte trébellianique (4).

(1) Henrys, 1^o c^o, chap. 1, question 5 ; — Louët, lettre R, sommaire 52 ; — Bardet, « Arrêts », II, 7, 14.

(2) Furgole, chap. 12, n^{os} 48 et suiv. ; — Argou, « Institution au droit français », t. II, 17.

(3) Furgole, chap. 13.

(4) Auzanet proteste et voudrait qu'on ne put faire que des legs particuliers par codicilles ; « Mémoires et réflexions », 1^o c^o.

La clause codicillaire servait surtout en cas d'incapacité d'un des sept témoins ; elle était inutile dans les testaments militaires, *inter liberos*, etc... dont la forme était moins solennelle que celle des codicilles.

Il n'y a aucun terme sacramentel pour établir la clause codicillaire, mais on n'y supplée jamais si elle manque, même pour les legs pieux, etc... ; les notaires l'ajoutaient souvent d'office et le disposant l'approuvait en signant l'acte ou simplement en écoutant, sans protester, la lecture de l'écrit avant la signature des témoins ; pour le testament mystique, elle peut être placée dans l'acte même ou dans la suscription.

La prière faite par le testateur aux juges « de favoriser « sa dernière volonté, de l'autoriser et de la faire exécuter » n'équivaut pas à une clause codicillaire (1). De même, le vœu que le testament « vaille en la meilleure forme qu'il peut valoir tant de fait que de droit » ne suffit pas ; toutefois, les avis ne sont pas unanimes à ce sujet (2).

Le bénéficiaire de l'acte de dernière volonté est tenu, en cas de clause codicillaire, d'opter dès le début, d'après le Parlement de Toulouse ; il doit faire valoir son titre comme testament ou comme codicille, mais non des deux manières à la fois et il ne peut changer une fois l'action intentée (3) ; il est plus avantageux, mais naturellement plus dangereux de se prévaloir du testament (pas de quarte trébellianique, etc.) ; une fois l'acte annulé comme tel, la clause codicillaire n'est plus d'aucune utilité ; seuls les ascendants et les descendants font exception à la règle et peuvent recommencer leur demande (4).

(1) Henrys, 1^o co, chap. 1, question 4.

(2) Sœfve, t. II, centurie 3, chap 60 ; — Ferrière, « Compilation », tit. 14, § 9 ; — Ricard, I, n^o 1428.

(3) Maynard, t. I, liv. V, chap. 8 ; — Ricard, I, n^{os} 1431 et 1432

(4) Ricard I, n^o 1434.

TROISIÈME PARTIE

L'ORDONNANCE DE 1735

Depuis longtemps l'idée était née de mettre fin à la variété des coutumes en codifiant et unifiant le droit : Commines l'attribue déjà à Louis XI, Dumoulin réclame cette simplification.

Les Etats Généraux d'Orléans de 1560 et ceux de Blois de 1576 demandèrent au roi d'accomplir cette réforme : le roi chargea le président du Parlement de Paris, Barnabé Brisson, de codifier les ordonnances ; mais Brisson fut pendu en 1591 par les Seize, et son travail inachevé fut publié comme œuvre privée en 1603 par Charondas. A la suite d'un nouveau vœu de 1614, le chancelier de Marilhac publia en 1629 l'ordonnance qui fut surnommée le Code Michaud et qui échoua devant l'hostilité des Parlements. Colbert, dans ses grandes ordonnances, ne réglementa pas le droit civil. Le président de Lamoignon, vers 1665, tenta le premier, de condenser en articles précis les textes concernant le Code civil ; il réunit des conférences d'hommes de loi à cet effet, mais ne put aboutir en raison de l'animosité de Colbert et, ses « arrêtés », qui forment le résumé de ses travaux, restèrent une œuvre privée sans résultat pratique immédiat.

Henri-François d'Aguesseau (1668-1751), procureur général au Parlement de Paris, puis chancelier à trois reprises, de 1717 à 1750, était un disciple de Lamoignon. Il

voulut reprendre l'œuvre de son maître ; il projetait une refonte générale du droit français. Mais, faute de loisirs et peut-être d'énergie, ce projet resta à l'état de rêve. Le chancelier se contenta de reviser quelques parties de notre ancien droit. La matière des testaments était particulièrement confuse et diverse, variable selon les coutumes ; elle intéressait au plus haut point l'ordre social et les fortunes. On comprend que ne procédant qu'à une codification fragmentaire, d'Aguesseau ait fait choix, pour commencer, de la matière des testaments : ce fut l'objet de l'ordonnance d'août 1735 (1).

Pour rédiger cette ordonnance, le chancelier demanda des mémoires aux hommes et aux corps compétents, consulta les Parlements et institua une Commission centrale qui fut comme son conseil privé. Les arrêtés de Lamoignon lui furent très utiles. Néanmoins, on y rencontre la marque de son esprit : d'Aguesseau est imprégné des idées du Parlement de Paris et du droit coutumier du XVIII^e siècle ; dans sa codification, il réduit encore le rôle de l'Eglise et il fait pénétrer les principes des coutumes jusqu'en droit écrit. Ce n'est pas qu'il unifia la législation en vigueur en supprimant le droit romain et en étendant les règles de la coutume de Paris à tout le pays ; il n'osa pas aller jusque-là, il craignit l'hostilité des Parlements de Toulouse, de Bordeaux et d'Aix ; son œuvre est imparfaite, ce n'est que le premier pas vers la simplification ; pour rassurer les partisans du droit écrit, il prend bien soin de dire qu'il ne prétend rien changer aux règles essentielles et bien établies, mais seulement trancher les points discutés si nombreux : « ce n'est pas, dit le préambule de l'ordonnance, « seulement sur des questions peu intéressantes que les « esprits se sont partagés ; c'est sur les points mêmes les

(1) Isambert, t. 21, p. 386.

« plus essentiels de la jurisprudence, pour assurer la validité et l'effet des dernières volontés. Telles sont la solennité ou la forme extérieure des dispositions testamentaires, l'institution d'héritier... Notre intention n'est point de faire dans cette vue un changement réel aux dispositions des lois qui sont observées jusqu'à présent, nous voulons, au contraire, en affermir l'autorité par des règles tirées de ces lois mêmes et expliquées d'une manière si précise que l'incertitude ou la variété des maximes ne soit plus désormais une matière toujours nouvelle d'inquiétude pour les testateurs, de doutes pour les juges et de procès ruineux pour ceux mêmes qui les gagnent. » Mais, sous l'apparence de ne rien changer, l'ordonnance de 1735 fait subir au droit existant des modifications très sensibles ; le droit romain est atteint par la suppression de plusieurs de ses formes testamentaires accessoires et par l'abrogation du testament oral ; les formes latines qui sont maintenues sont accommodées à la manière du droit coutumier : le testament nuncupatif doit être dicté à un notaire qui écrit sous la dictée, relit l'acte, fait signer tous les témoins, etc..., il devient presque identique à la forme authentique en usage à Paris ; il y a un rapprochement que nous retrouverons sur maints autres points. De même, nous verrons que les derniers vestiges du droit canon seront battus en brèche : interdiction du testament devant un vicaire, réduction au minimum des actes reçus par les curés, etc... ; ici encore l'esprit coutumier se fait sentir avec ses tendances laïques. En résumé, l'ordonnance de 1735 est un pas vers l'unification, mais cette unification est incomplète, car : 1° elle ne supprime pas la dualité de législation entre le Nord et le Midi, elle l'atténue seulement ; 2° elle laisse dans le droit écrit, comme dans le droit coutumier, place à la diversité des usages locaux en conservant, sur de nombreux points, les

règles spéciales admises tacitement ou expressément, selon le cas, par la coutume du lieu (testaments reçus par les curés, diminution du nombre des témoins dans les testaments nuncupatifs écrits, etc...).

La nouvelle ordonnance fut enregistrée dans tous les Parlements dans le courant de l'année 1736, non sans quelques réclamations des pays méridionaux (1). Elle fut appliquée immédiatement. Elle ne frappait pas les testaments ayant date certaine et authentique avant sa publication, peu importe l'époque du décès du testateur ; les actes sans date authentique ou dépourvus de toute date ne restèrent soumis à l'ancienne législation que si leur auteur mourait avant la fin de l'année qui suivait la publication (art. 80, 81 et 82).

Nous parlerons d'abord des règles nouvelles applicables à toute la France. Puis nous étudierons séparément les innovations spéciales aux formes septentrionales et celles spéciales au droit méridional.

(1) Voyez la très intéressante correspondance de d'Aguesseau à ce sujet. « Œuvres », t. IX, p. 397 à 497.

CHAPITRE PREMIER

DÉCISIONS COMMUNES A TOUTE LA FRANCE

SECTION I. — **Abrogation de tout examen oral.**

« Toutes dispositions testamentaires ou à cause de mort,
« de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit :
« déclarons nulles toutes celles qui ne seront faites que
« verbalement, et défendons d'en admettre la preuve par
« témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme
« dont il aurait été disposé » (art. 1^{er}).

Donc, dans les pays du Nord, l'ordonnance de Moulins se trouve renforcée puisque la preuve testimoniale est bannie même au-dessous de 100 livres. Le testament devient un acte essentiellement écrit ; l'écriture est une solennité, elle n'est pas seulement requise pour la preuve, mais pour la validité de l'acte lui-même.

Dans les pays du Midi, le testament nuncupatif oral a cessé de vivre ; nous devrions même dire que tout testament nuncupatif est supprimé : car, comme nous l'avons vu, l'acte nuncupatif écrit ne valait que comme acte verbal, l'écrit n'était rédigé que comme preuve indépendante ; ce que l'ordonnance de 1735 a ressuscité sous le nom de testament nuncupatif écrit ne peut lui être comparé au point de vue du mécanisme du droit, mais doit plutôt être rapproché de la forme solennelle coutumière. Il n'est fait aucune exception pour les dispositions du militaire ou du

père en faveur de ses enfants. Non seulement l'institution d'héritier et les legs, mais aussi les fidéicommiss oraux sont nuls ; le codicille doit être écrit ; on ne pourrait même pas déférer le serment à l'héritier pour savoir si le testateur l'a chargé d'une disposition verbale, à cause de la nullité radicale qui fait qu'une telle disposition ne peut pas lier d'héritier, ni opérer aucun effet, quand même elle serait constatée par la confession ; toutefois, Furgole admet que l'héritier peut être obligé par la promesse par lui faite par écrit d'exécuter les ordres ou la volonté d'une personne mourante (1). Les Parlements du Midi durent s'incliner cette fois devant la volonté royale qui n'admettait plus de discussions comme au xvi^e siècle ; ils se rendaient compte, d'ailleurs, de l'opportunité de la réforme, car ce n'est guère sur ce point que portèrent leurs réclamations.

SECTION II. — Nullités des dispositions faites par signes ou par interrogat.

« Déclarons nulles toutes dispositions qui ne seraient
« faites que par signes, encore qu'elles eussent été rédigées
« par écrit sur le fondement desdits signes » (art. 2).

L'ordonnance ne consacre pas d'article spécial au testament rédigé sur interrogat ; mais en étudiant chaque forme séparément, elle exige bien nettement que les dispositions émanent sans erreur possible du testateur et de lui seul de sorte qu'aucun juge depuis lors n'osa valider un acte rédigé sur l'interrogatoire d'un tiers (2).

(1) Furgole, chap. II, sect. 1, n^o 23 ; chap. II, sect. 3, n^o 72 ; — Bouvot, t. II, V^o Fidéicommiss, n^o 1.

(2) Art. 5, 6, 23 de l'ordonnance ; — Furgole, chap. V, sect. 3, n^{os} 51 et suiv.

SECTION III. — Interdiction du testament fait par lettres missives.

« Voulons aussi que les dispositions qui seraient faites
« par lettres missives, soient regardées comme nulles et
« de nul effet » (art. 3) et ce, quelle que soit la forme adoptée, même à titre de codicille.

On a voulu faire du testament un acte bien tranché, et éviter tout doute sur son caractère. Les autres motifs fournis par les auteurs ne sont guère plausibles ; Furgole prétend qu'il était très difficile de savoir si les dispositions faites par lettres étaient sérieuses ou une simple démonstration d'affection et que la jurisprudence était incertaine sur la validité de testament par lettres ; d'après Bergier, une lettre n'est pas destinée à lier son auteur ; Merlin n'a pas de peine à démontrer que toutes ces allégations étaient fausses ou faciles à réfuter, puisque les arrêts antérieurs à 1735 admettaient toutes dispositions de ce genre, à condition que la volonté du disposant fût actuelle et certaine (1).

SECTION IV. — Abrogation des testaments mutuels et conjonctifs.

« Abrogeons parcillement l'usage des testaments ou
« codicilles mutuels, ou faits conjointement, soit par mari
« et femme, ou par d'autres personnes ; voulons qu'à
« l'avenir ils soient regardés comme nuls et de nul effet
« dans tous les pays de notre domination, sans préjudice
« néanmoins de l'exécution des actes de partage entre

(1) Merlin, « Répertoire », t. 17, V^o Testament, p. 292 et suiv.

« enfants et descendants, suivant ce qui a été réglé ci-dessus... » (art. 77).

Les dispositions conjointes au profit de tiers sont aussi défendues que les dispositions mutuelles (Paris, 25 mai 1746 ; *contra* : Paris, 21 mai 1743, unique en ce sens). Dorénavant, il faudra donc rédiger autant d'actes distincts qu'il y aura de disposants. La clause codicillaire ne permettrait pas le maintien d'un acte mutuel, puisque le codicille mutuel est également interdit. Selon Furgole, les testaments corrélatifs sont aussi nuls que les testaments mutuels ; il y a testament corrélatif lorsque les testateurs ont dressé deux actes distincts, mais que chacun de ces actes n'a été rédigé qu'en raison des dispositions contenues dans l'autre, si bien que lorsque l'un d'eux vient à être annulé, l'autre tombe *ipso facto* ; l'ordonnance de 1735 a non seulement exigé un écrit séparé de manière à donner à la rédaction de l'acte plus de clarté et à empêcher les fraudes et les suggestions de la part du co-testateur, mais aussi a voulu éviter toutes les difficultés de révocation des testaments mutuels (1). C'est surtout ce dernier motif qui fut déterminant : le testament mutuel présentait des difficultés énormes, dit d'Aguesseau, « soit sur la liberté
« qu'on ne pouvait, sans injustice, refuser à l'un des testateurs de révoquer sa disposition, soit sur l'obligation
« d'avoir le consentement de l'autre ou du moins de l'avertir du changement de volonté, soit enfin sur l'effet
« de la révocation faite par l'un des deux testateurs ou pendant la vie ou après la mort de l'autre ; il n'y a aucun
« de ces différents points qui n'eut fait naître un grand
« nombre de procès et qui n'ait partagé non seulement les

(1) Furgole, chap. II, sect. III, n° 77 ; — Pothier, « Traité des donations », chap. I, art. 1, n° 4 ; — Merlin, 11^e c°, p. 275 et 679 ; — Bourjon au contraire admet la validité des testaments corrélatifs, 3, 9, 2, 2, 54.

« avis des jurisconsultes mais les sentiments et la jurisprudence des Parlements » ; d'ailleurs, ajoute-t-il, « deux testaments faits de concert présentent les mêmes avantages sans en avoir les inconvénients » (il ne faudrait pas voir là une phrase en faveur des testaments corrélatifs, d'Aguesseau ne précise rien) (1).

Par exception, l'ordonnance permet de continuer à faire conjointement les partages d'ascendants dans les pays où ils sont en usage (ces partages ne font que répartir à l'avance la part de chaque enfant, qui conserve sa qualité de successeur ab intestat) et les donations mutuelles à cause de mort dans les coutumes les admettant (art. 46 de l'ordonnance de 1731 et art. 77 de celle de 1735) ; le Code civil supprimera, bien à tort du reste, ces deux exceptions

SECTION V. — **Abrogation des clauses dérogoires.**

« Abrogeons l'usage des clauses dérogoires dans tous testaments codicilles ou dispositions à cause de mort ; voulons qu'à l'avenir elles soient regardées comme nulles et de nul effet, en quelques termes qu'elles soient conçues » (art. 76).

Ces clauses, dit d'Aguesseau, créées pour empêcher les suggestions, avaient abouti à un résultat tout opposé ; l'intrigant qui suggérait un testament ne manquait pas de répéter l'ancienne clause et au besoin d'en inventer une nouvelle pour se défendre contre un changement de volonté du disposant (2). Dorénavant, tout testament sera révocable *ad libitum*.

(1) D'Aguesseau, Lettre 324 du 13 août 1736 au Parlement de Grenoble (« Œuvres », t. 9).

(2) D'Aguesseau, Lettre 324 du 13 août 1736 au Parlement de Grenoble ; lettre 333 du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence.

SECTION VI. — Testament du militaire et testament fait en temps de peste.

L'ordonnance de 1735 conserve des formes exceptionnelles pour le testament du militaire et pour celui fait en temps de peste. Mais elle unifie ces formes pour toute la France, en établissant des règles inspirées surtout du droit coutumier existant, avec quelques faveurs supplémentaires ; ces règles sont beaucoup plus strictes pour le soldat et le pestiféré que ne l'était le droit écrit ; comme le déclare d'Aguesseau, l'on a « affranchi ces testaments du plus grand nombre de formalités possibles, en en laissant néanmoins assez pour assurer la preuve de la volonté du testateur » (1).

§ 1. — Testament du militaire (2)..

Les dispositions à cause de mort de ceux qui servent dans les armées françaises, en quel pays que ce soit, peuvent être faites, comme le testament ordinaire des pays de coutume, d'une manière authentique ou d'une manière olographe.

Le testament authentique doit être passé en présence de : 1° deux notaires (ou tabellions) ; 2° ou un notaire et deux témoins ; 3° ou deux des officiers suivants : majors et officiers supérieurs, prévôts des camps et armées, leurs lieutenants ou leurs greffiers, les commissaires des guerres ; 4° ou l'un de ces officiers assisté de deux témoins ; 5° si le disposant est malade ou blessé, un des aumôniers des

(1) D'Aguesseau, Lettre 324 du 13 août 1736 au Parlement de Grenoble.

(2) Furgole, chap. II, sect. 3, n°s 59 et suiv. ; — Denisart, « Décisions », V° Testament militaire ; — Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 5 ; — Merlin, 1° c°, p. 498.

troupes ou des hôpitaux avec deux témoins, même si l'aumônier appartient au clergé régulier (art. 27).

Les étrangers non naturalisés, à l'exception de ceux notés d'infamie, peuvent, par mesure bienveillante, servir de témoins (art. 40).

« Le testateur signera le testament s'il sait ou peut signer ; et, en cas qu'il déclare ne savoir ou ne pouvoir le faire, il en sera fait mention. Seront lesdits actes pareillement signés par celui ou ceux qui les recevront, ensemble par les témoins, sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeler des témoins qui sachent ou puissent signer, si ce n'est lorsque le testateur ne saura ou ne pourra le faire ; et à la réserve de ce cas, lorsque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne savent ou ne peuvent signer, il suffira d'en faire mention » (art. 28).

La forme olographe — dispositions entièrement écrites, datées et signées de leur auteur — est également admise en quelque pays que ce soit (1) (art. 29).

Toutes les autres formes sont interdites ; il n'est plus admis de dispositions orales pour les pays du Midi (2) ; notons toutefois que le soldat qui se trouve en pays étranger peut employer les formes de ce pays en vertu de la règle « locus regit actum. »

Le soldat n'est favorisé qu'à condition d'être en expédition militaire, ou en quartier ou garnison hors du royaume — ou prisonnier chez les ennemis — ou dans une place ou citadelle assiégée ou séparée du reste du pays ; ceux qui sont en garnison en France doivent tester

(1) D'Aguesseau, Lettre n° 319 du 21 juillet 1736 au Parlement de Dijon.

(2) Furgole, chap. II, sect. 1, n° 28.

dans les formes ordinaires (art. 30). Aux soldats, sont assimilés ceux qui suivent les armées soit à cause de leurs emplois, soit pour le service qu'ils rendent aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres et munitions de nos troupes (art. 31).

Le testament militaire fait dans une forme extraordinaire devient nul six mois après que le disposant sera revenu dans un lieu où il jouit de la faculté de tester en la forme ordinaire (art. 32) ; naturellement si le mode adopté était celui de droit commun du lieu où se trouvait le soldat, l'acte subsisterait.

§ 2. — Testament en temps de peste (1).

Le testament fait en temps de peste, également copié sur le droit commun coutumier, ressemble à celui du militaire. Il peut se faire en tous lieux par voie authentique et par voie olographe.

La forme authentique nécessite la présence de deux notaires (ou tabellions) — ou de deux officiers de justice royale, seigneuriale ou municipale, jusqu'au greffier inclus — ou de ces officiers ou d'un notaire assisté de deux témoins — ou, au choix, du curé, du desservant, d'un vicaire ou d'un autre prêtre chargé d'administrer les sacrements au malade, même un régulier, assisté de deux témoins (art. 33).

L'acte doit être signé du disposant, de celui ou ceux qui reçoivent le testament, et des témoins absolument dans les mêmes conditions que le testament militaire ; l'art. 28, dont nous avons donné copie plus haut, est applicable au cas actuel (art. 34).

(1) Furgole, chap. II, sect. 3, n^{os} 45 et suiv. ; — Pothier, « Traité des donations », chap. I, art. 5, § 4.

Les témoins doivent présenter la même capacité que pour les dispositions ordinaires ; certes, il est difficile de trouver des gens de bonne volonté en ces moments-là, en raison des craintes de contagion, mais les surprises sont trop à craindre pour qu'on puisse admettre n'importe qui (1).

La forme olographe (acte écrit, signé et daté par le testateur) est admise dans toute la France (art. 35) (2).

Toutes les autres formes et les autres faveurs, jadis admises par la jurisprudence, ne sont pas conservées.

Le testament fait en temps de peste peut être employé aussi bien par ceux qui sont atteints de la maladie que par ceux qui seraient dans les lieux d'épidémie sans être actuellement malades (art. 36).

Les actes rédigés dans une des formes exceptionnelles sus-énoncées seront nuls six mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le testateur se trouvera ou après qu'il sera passé dans un endroit où le commerce n'est point interdit (art. 37).

SECTION VII. — **Suppression de toute faveur pour les dispositions au profit de la cause pie.**

« Toutes les dispositions de la présente ordonnance, soit
« sur la forme ou sur les fonds des testaments, codicilles, et
« autres actes de dernière volonté, seront exécutées, encore
« que lesdites dispositions, de quelque espèce qu'elles
« soient, eussent la cause pie pour objet » (art. 78).

(1) D'Aguesseau, Lettre 331 du 11 février 1737 au Parlement de Toulouse.

(2) D'Aguesseau, Lettre 319 du 29 juillet 1736 au Parlement de Dijon.

C'est une conséquence de la prépondérance donnée au droit coutumier et aux juristes.

Certains auteurs prétendirent que l'on pouvait continuer à employer la forme olographe en faveur de la cause pie même dans les pays du Midi. En effet, disaient-ils, l'art. 19 de l'ordonnance maintient le testament olographe dans tous les pays où il était en usage jusqu'alors ; or, les pays méridionaux l'admettaient pour les dispositions charitables. Furgole n'eut pas de peine à montrer la faiblesse d'un pareil raisonnement ; l'art. 19 ne parle que des régions où la forme olographe était valable *jure communi* et on ne peut l'opposer aux termes nets et précis de l'art. 78 ; d'ailleurs, l'art. 19 est compris dans la partie de l'ordonnance qui concerne spécialement le droit coutumier (1).

SECTION VIII. — Capacité des témoins.

L'ordonnance édicte une législation commune aux pays coutumiers et à ceux de droit écrit pour la capacité des témoins ; sur quelques points seulement elle laisse subsister encore de légères différences.

L'âge des témoins reste fixé à 20 ans accomplis au moins ; par exception, en droit écrit, il suffira qu'ils aient l'âge où il est permis d'y tester (c'est-à-dire la puberté, soit 14 ans pour les hommes) (art. 39) (2) ; d'Aguesseau souhaite toutefois que les témoins fussent toujours âgés de 20 ans lorsqu'il n'y en a que deux d'appelés au lieu de sept (3).

Les témoins doivent être mâles, régnicoles et capables d'effets civils (art. 40) ; les étrangers non notés d'infamie

(1) Furgole, II, 3, 39 à 43 ; II, 1, 115.

(2) D'Aguesseau, Lettre 319, du 29 juillet 1736 au Parlement de Dijon.

(3) Lettre n° 343, du 22 août 1743 au Parlement de Dijon.

ne sont tolérés que pour le testament militaire ; dans les autres circonstances, même ceux qui sont domiciliés en France, sont écartés.

Les membres du clergé régulier qui peuvent, dans certains cas exceptionnels, recevoir des testaments, ne peuvent jamais être témoins, c'est la règle coutumière qui l'emporte sans réserve ; l'art. 41 de l'ordonnance exclut même les novices et les profès, ce qui est une innovation peu justifiée, car les novices notamment n'ont pas encore fait de vœux et ne sont pas des morts civils ; jamais auparavant on ne leur avait interdit le témoignage (1).

Les clercs, serviteurs ou domestiques du notaire ou de toute personne publique qui recevra le testament, le codicille ou l'acte de suscription ne doivent pas non plus servir de témoins (art. 42) ; auparavant, le droit écrit n'écartait que les fils des notaires en leur puissance, mais non leurs clercs ni leurs domestiques. Un arrêt de Règlement du Parlement de Paris de 1708 avait interdit à ces officiers publics de recourir au témoignage de leurs clercs, à peine de faux, mais cet arrêt n'était exécutoire que dans le ressort de ce Parlement (2). L'ordonnance de 1735 étendit ces dispositions à toute la France ; le fils qui demeure chez son père est seul compris parmi les domestiques (Paris, 23 mars 1747) ; les autres parents du notaire en sont exclus « cet article étant une loi de rigueur qui ne doit pas être étendue d'un cas à l'autre » (3).

Les héritiers institués ou substitués ne pourront être témoins dans aucun cas (art. 43) ; il n'y a aucun changement au principe du droit écrit. Quant aux légataires uni-

(1) Pothier, « Introduction », chap. 1, n° 14 ; « Traité des donations », chap. 1, art. 3, § 3.

(2) Furgole, III, 2, 20.

(3) D'Aguesseau, Lettre du 12 février 1742 au premier Président du Conseil supérieur de Colmar.

versels et particuliers, ils ne pourront l'être que pour l'acte de suscription du testament mystique dans les pays où cette forme est reçue ; la règle coutumière l'emporte même dans le Midi (1) ; les légataires sont intéressés à l'acte ; si l'on fait une exception pour la suscription du testament mystique, c'est parce que les dispositions restant secrètes, il est impossible d'en connaître les bénéficiaires pour les écarter ; certes, l'héritier institué est exclu même dans ce cas, mais c'est que l'intérêt en jeu est tellement considérable qu'il vaut mieux ne jamais admettre son témoignage ; en général, il n'y a qu'un héritier de ce genre, le testateur n'a qu'à s'arranger pour choisir d'autres témoins ; au contraire, comme les légataires sont d'ordinaire nombreux, que leur intérêt est moindre et que si on les écartait ce serait souvent révéler l'avantage qui leur est accordé par le disposant, l'ordonnance permet de faire appel à leur témoignage dans ce cas unique ; d'ailleurs, normalement, ils ignorent leur vocation en raison de la forme mystique elle-même.

Le chancelier d'Aguesseau désirait beaucoup voir les témoins signer les dernières volontés du disposant, surtout lorsque celui-ci n'était pas capable de signer lui-même ; c'est, en effet, un des meilleurs moyens d'éviter les actes entièrement faux et d'écarter les témoins illettrés, souvent naïfs et ignorants du droit. Aussi, sauf dans les testaments militaires et en temps de peste, lorsque le testateur signe lui-même (voir plus haut), « dans les cas et « dans les pays où le nombre de deux témoins est suffisant..., il ne pourra y être admis que des témoins qui « sachent et puissent signer » (art. 44). « Dans les cas et

(1) D'Aguesseau, Lettre n° 331, du 11 février 1737 au Parlement de Toulouse ; Lettre n° 333, du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence.

« dans les pays où le nombre de deux témoins n'est pas
« suffisant, il ne pourra pareillement être admis que des
« témoins qui sachent et puissent signer lorsque les testa-
« ments se feront dans des villes ou bourgs fermés ; vou-
« lons que dans les autres lieux il y ait au moins deux
« témoins qui sachent et puissent signer ; et à l'égard de
« ceux qui ne sauront ou ne pourront le faire, il sera fait
« mention qu'ils ont été présents et ont déclaré ne savoir
« ou ne pouvoir signer » (art. 45).

Comme le Parlement de Bordeaux souhaitait que l'on fut moins rigoureux dans les campagnes, d'Aguesseau fait remarquer que ce n'est pas excessif d'exiger un minimum de deux signatures, et ajoute, avec ses idées de juriste coutumier :

« Quelle comparaison pourrait-on faire entre le parti de
« laisser passer la très modique succession d'un paysan à
« des héritiers du sang auxquels elle appartient suivant
« l'ordre de la nature, et celui d'exposer les familles au
« hasard d'un testament supposé et d'ouvrir la porte à une
« infinité de faussetés dont la preuve serait presque tou-
« jours absolument impossible » (1).

Les testaments faits aux champs ne jouissaient d'aucune autre faveur ; les dispositions du droit écrit étaient supprimées, sept témoins étaient nécessaires dans le Midi.

La signature des témoins devrait être mentionnée dans l'acte de façon à éviter qu'elle ne soit postérieure à la rédaction de l'écrit ; toutefois, l'ordonnance ne le spécifie pas (2).

Il est inutile que les témoins soient requis d'assister à la solennité ; ils peuvent se trouver là par hasard, même pour

(1) Lettre n° 318, du 14 juillet 1736 au Parlement de Bordeaux ; Lettre n° 331, du 11 février 1737 au Parlement de Toulouse ; Lettre n° 333, du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence ; Lettre n° 324, du 13 août 1736 au Parlement de Grenoble.

(2) Denisart, « Décisions », V^o Testament, n° 81.

la confection des testaments méridionaux, à condition d'être tous réunis à la fois, « sans qu'il soit besoin de faire « mention qu'ils ont été priés et convoqués à cet effet » (art. 6).

Les dispositions du droit écrit et autres lois ou coutumes, en ce qui concerne la qualité desdits témoins, doivent continuer à être exécutées lorsqu'elles ne sont pas contraires aux dispositions ci-dessus (art. 46).

SECTION IX. — Prescriptions diverses.

Les diverses formes de testament, tout en restant distinctes, ont bien des points de contact comme nous le verrons en les étudiant séparément.

C'est ainsi que la date est obligatoire, à peine de nullité, dans toute disposition à cause de mort, quelle qu'en soit la forme et en tous lieux (art. 38) (1).

Le testateur doit toujours signer ses dispositions lorsqu'il le peut ; s'il ne peut ou ne sait pas signer, il doit le déclarer, et mention de cette déclaration doit figurer dans l'acte (2).

Tout testament passé devant un notaire ou une autre personne publique, doit être écrit par cette personne elle-même et non par son clerc. Elle doit également le relire et mentionner cette lecture.

La présence des témoins est nécessaire à toute la solennité depuis le début jusqu'à la fin de la cérémonie. L'art.

(1) D'Aguesseau, Lettre n° 333, du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence.

(2) D'Aguesseau, 1^o c°.

48 de l'ordonnance ordonne que les personnes publiques et les témoins qui auront signé les testaments, codicilles ou les actes de suscription des testaments mystiques « sans « avoir vu le testateur et sans l'avoir entendu prononcer « ses dispositions ou les lui avoir vu présenter lors de « ladite suscription, soient poursuivies extraordinairement « à la requête de nos Procureurs ou de ceux des Hauts justiciers et condamnés, savoir lesdites personnes publiques « à la peine de mort, et les témoins, à telles peines afflictives ou infamantes qu'il appartiendra. »

D'après l'art. 79, la nouvelle codification ne prétend pas toucher à ce qui regarde l'ouverture, l'enregistrement et la publication de tous les actes de dernière volonté ; ces matières étaient régies par une jurisprudence et une législation à peu près uniformes.

CHAPITRE II

DROIT COUTUMIER

Le droit coutumier conserve ses deux manières de tester : la forme olographe et la forme solennelle. Toutes les autres formes sont abrogées (art. 22).

SECTION 1. — Testament olographe.

L'usage des dernières dispositions olographes continuera « d'avoir lieu dans les pays et dans les cas où ils ont été « admis jusqu'à présent » (art. 19). Ces testaments, codicilles et dispositions seront entièrement écrits, datés et signés de la main de celui ou celle qui les aura faits (art. 20). La seule innovation de l'ordonnance est la nécessité de dater l'acte du jour, du mois et de l'an, à peine de nullité (1). La date peut figurer en tête (Paris, 3^e Chambre des enquêtes, 11 février 1760), il est inutile qu'elle soit à la fin (Paris, 1^{re} Chambre des enquêtes, 29 août 1746), un arrêt valide un écrit où la date se trouvait au recto des dispositions avec la mention du lieu et la signature (Paris, 21 mai 1762). Autant que possible, la date doit être en toutes lettres (2) ; cependant, elle est valable en chiffres (sentence

(1) Voir Denisart, V^o Testament, n^{os} 27 à 35 ; — Merlin, 1^o c^o, p. 296 et suiv.

(2) Pothier, « Introduction », chap. 1, n^o 8 ; « Traité des donations, » chap. 1, art. 2, § 2

du Châtelet de Paris du 21 juin 1755 ; arrêt du Parlement de Paris, Grand'Chambre, 27 juin 1769). La jurisprudence admet même qu'une date inexacte, par simple inadvertance, n'entache pas l'acte de nullité si l'erreur peut être corrigée par le reste de l'écrit (Paris, 17 juillet 1761 ; 5 janvier 1770 ; 5 juillet 1782) ; il faut que la rectification soit évidente et tirée du testament même. Si le testament se compose de plusieurs dispositions dont les unes seules sont signées et datées, ces dernières sont valables ; les autres seront nulles si elles ne peuvent être censées avoir été écrites immédiatement après les premières et le même jour (Paris, 16 février 1760 ; comparez Paris, 19 juillet 1782).

La date est supposée exacte jusqu'à preuve du contraire. En cas de fausse date, falsifiée à dessein, l'acte est nul.

L'art. 21 rappelle et précise une règle déjà en usage : celui qui entre dans les ordres doit reconnaître son testament olographe devant notaires avant sa mort civile, c'est-à-dire avant de faire ses vœux, sinon ses dispositions seront nulles ; c'est le seul cas où, par crainte des fraudes, la date ne fait point preuve par elle-même.

La mention du lieu n'est toujours pas obligatoire (Paris, 14 juillet 1749).

SECTION II. — Testament solennel.

Le testament solennel exige au moins la présence d'une personne publique ; nous allons voir d'abord quelles personnes publiques restent qualifiées pour le recevoir, puis nous nous occuperons de sa rédaction.

A) *Personnes publiques qualifiées pour recevoir ce testament.*

Le testament solennel peut toujours être passé devant

deux notaires ou tabellions ou un notaire et deux témoins (art. 23).

L'ordonnance n'entend point non plus déroger aux coutumes où les officiers de justice y compris les greffiers, ou les officiers municipaux sont mis au nombre des personnes publiques (art. 24).

Il n'y a de changement que pour les testaments reçus par les ecclésiastiques. D'Aguesseau n'y était pas favorable et il les réduisit le plus possible ; les curés ignorent le droit, dit-il, la législation en leur faveur avait été faite pour une époque où les notaires étaient rares, ce qui n'est plus, enfin on peut toujours craindre qu'ils ne favorisent les legs en faveur de l'Eglise (1) ; aussi, l'art. 25 de l'ordonnance ne permet-il aux curés séculiers ou réguliers de ne recevoir des testaments dans l'étendue de leur paroisse que dans les lieux où les coutumes les y autorisent *expressément* et en y appelant deux témoins ; cette disposition enlevait tout pouvoir aux curés dans les coutumes muettes qui étaient en majorité et où jusque-là ils avaient été admis à exercer (arrêts du Conseil du 29 juillet 1748 et du Parlement de Paris du 19 juillet 1783). Le droit du curé passe au desservant, c'est-à-dire au prêtre préposé par l'évêque à la desserte d'une cure avec l'autorisation de remplir toutes les fonctions curiales et de tenir lieu de curé pendant l'absence d'un titulaire (2) ; mais l'art. 25 exige en ce cas que le desservant soit un prêtre séculier, un moine ne peut recevoir de testament à moins d'être curé ; on sent que cette faculté est restreinte le plus possible. Quant aux vicaires ou aux prêtres ordinaires, l'ordonnance leur enlève tout pouvoir ; cette exclusion des vicaires et du

(1) Lettre n° 318, du 14 juillet 1736 au Parlement de Bordeaux.

(2) D'Aguesseau, Lettre n° 331, du 17 février 1737 au Parlement de Toulouse.

clergé régulier est une des questions auquel tenait le plus d'Aguesseau et elle reparaît dans maintes de ses lettres ; il est très important, dit-il, de ne pas confier un si grand pouvoir à de simples vicaires amovibles, qui peuvent changer à chaque instant de demeure, ou à des religieux encore plus passagers et qui dépendent de la volonté de leur supérieur et sont morts civilement, donc n'encourent aucune responsabilité pécuniaire..., les vicaires sont tellement amovibles qu'ils se soustraient à l'inspection du magistrat, leur qualité même de vicaire est difficile à établir, souvent ils n'ont qu'une commission verbale ou une lettre de l'évêque sans aucun titre véritable et ils ne font pas enregistrer leurs lettres de vicariat comme l'ordonne la coutume..., d'ailleurs, il y a plus de notaires qu'il n'en faut pour recevoir les testaments (1). Il est juste de remarquer que les vicaires connaissaient peu le droit et s'étaient mal acquittés jusque-là de leurs fonctions. Les règlements et usages observés dans quelques hôpitaux, permettant à l'aumônier de recevoir les dernières volontés des malades qui y sont soignés, ne sont pas modifiés (art. 25 *in fine*).

Avant 1735, la coutume de Paris exigeait trois témoins pour assister le curé ; l'ordonnance les réduit à deux, par analogie avec les autres testaments solennels (2). Quelques coutumes permettaient au curé d'opérer sans témoins : dorénavant il ne pourra plus en être ainsi (Paris, 6 septembre 1778) ; notamment l'ordonnance ne permet pas de disposer devant un notaire et un curé sans témoins : comme on ne peut procéder par équipollence en ces matières, qui sont de droit strict, de tels actes sont nuls malgré

(1) Lettres n° 318, du 14 juillet 1736 au Parlement de Bordeaux ; n° 320, du 5 août 1736 au Parlement de Rouen ; n° 331, du 11 février 1737 au Parlement de Toulouse ; n° 337, du 24 novembre 1741.

(2) Denisart, « Décisions », V° Testament, n° 51.

des coutumes contraires (Paris, 24 juillet 1741 et 6 septembre 1742) (1).

Les curés restent compétents dans l'intérieur de leurs paroisses pour les personnes de passage et domiciliées ailleurs (art. 25), sauf si la coutume locale ne restreint leur compétence à leurs propres paroissiens.

Les curés ou les desservants doivent, dès la mort du testateur, s'ils ne l'ont pas fait auparavant, déposer les actes qu'ils auront reçus, chez le notaire du lieu ou, s'il n'y en a pas, chez le plus proche notaire royal dans l'étendue de leur baillage ; ils ne peuvent délivrer aucune expédition, à peine de nullité de ces copies et de dommages-intérêts aux notaires et aux parties (art. 26) ; cette disposition n'est d'ailleurs qu'une répétition des règles de la coutume de Paris, l'ordonnance ne les cite que probablement parce qu'elles étaient fort mal observées en pratique.

B. Rédaction de l'acte.

« Les notaires ou tabellions ou l'un d'eux (ou la personne publique les remplaçant) écriront les dernières volontés du testateur telles qu'il les dictera et lui en feront ensuite la lecture, de laquelle il sera fait une mention expresse, sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes : dicté, nommé, lu et relu, sans suggestion, ou autres requis par les coutumes ou statuts, après quoi ledit testament, codicille ou autre disposition de dernière volonté, sera signé par le testateur ensemble par les deux notaires ou par le notaire et les deux témoins, et en cas que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention » (art. 23).

1. La personne publique doit écrire les dispositions telles

(1) Denisart, « Décisions. V^e Testament, n^o 60 ; — Merlin, 1^o c^o, p. 360 et suiv.

qu'elles lui sont dictées par le testateur ; elle ne doit rien changer, les volontés ne doivent émaner que de la bouche du disposant. Le notaire doit écrire lui-même et ne peut se faire remplacer dans cette besogne par son clerc (Paris, 9 décembre 1740 ; 27 août 1742 ; 3 septembre 1742) ; d'Aguesseau déclare avoir consacré l'usage le plus général et le plus sûr ; l'écriture d'un clerc, en effet, ne peut se reconnaître après des années, le clerc pourrait écrire de fausses dispositions et tromper le notaire qui approuverait sans prêter attention, enfin le notaire serait tenté d'envoyer son clerc seul pour dresser l'acte et le signerait ensuite (1). Si l'acte est dressé par deux notaires, chacun peut en écrire une partie. L'ordonnance ne dit pas si les curés ou les autres personnes publiques doivent également tenir elles-mêmes la plume ; mais il n'y a aucun doute, il faut conclure en faveur de l'affirmative (2).

2. Celui qui reçoit l'acte doit le relire également en personne au disposant et à l'autre notaire ou aux témoins ; il mentionne dans l'acte que cette lecture a été faite ; il est nécessaire de bien faire sentir que la lecture a été intégrale, mais le mot récité remplacerait par exemple parfaitement le mot relu, les anciens termes sacramentels exigés par les coutumes sont inutiles ; la mention de la lecture est désormais la seule qui soit obligatoire ; il est superflu de noter que l'acte a été dicté par le testateur, écrit par le notaire lui-même, fait sans suggestion, etc., et ce, nonobstant toutes coutumes contraires (Paris, 28 août 1762) (3).

(1) D'Aguesseau, Lettre 331, du 11 février 1737 au Parlement de Toulouse ; Comparez Lettre 349, du 26 janvier 1750 et lettre 344, du 31 mars 1745 au Parlement de Provence.

(2) Pothier, « Introduction », chap. 1, n° 14.

(3) Bourjon, 3, 9, 2, 2, 10 ; — Denisart, « Notoriétés », notes sous un acte du 29 avril 1751, p. 488 et suiv. ; — Pothier, « Traité des donations », chap. 1, art. 3, § 1.

D'Aguesseau écoutant les remarques de Lamoignon a voulu écarter toutes ces mentions qui ne servaient qu'à faire annuler les dispositions des gens de bonne foi sans empêcher aucune suggestion ; les solennités sont supposées remplies jusqu'à preuve du contraire, du moment que l'acte est régulier dans sa forme (arrêt du Parlement de Douai du 22 janvier 1784) (1). La mention de la lecture doit provenir du notaire ; il ne suffirait pas qu'elle soit placée dans la bouche du testateur ; le notaire doit certifier en son nom et ne rendrait pas sienne par sa signature l'attestation du disposant ; l'ordonnance de 1735 n'e l'avait spécifié que pour le testament nuncupatif écrit (voir plus loin art. 5), mais cette prescription, d'après l'esprit de la loi, doit être étendue à *fortiori* au testament coutumier ; ainsi en a décidé une déclaration du 16 mai 1763, enregistrée au Parlement de Flandre le 14 décembre 1764 et rédigée pour lutter contre l'habitude des notaires flamands qui faisaient parler le testateur (comparez l'art. 24 de la loi du 25 ventôse an II sur le notariat) ; le principal intérêt de la discussion provient de ce que les déclarations du notaire ne sont attaquables que par voie d'inscription de faux. Il est inutile qu'il résulte des termes de l'écrit que la lecture a été faite au disposant, il suffit d'énoncer que l'acte a été relu (Paris, 17 mai 1745, 7 septembre 1772, etc.) (2) ; du moment que l'on déclare que les témoins ont été présents à la confection du testament, ils sont présumés avoir assisté à la lecture et à la cérémonie entière.

3. Tout acte notarié doit être daté. Faut-il, à peine de nullité, y faire figurer également le lieu où il a été passé. L'ordonnance de 1735 étant muette, certains auteurs dé-

(1) Furgole, II, III, 86.

(2) Merlin, 1^o c^o, p. 360 et suiv.

claraient que cette mention était très utile et que l'ordonnance d'Orléans la réclamait comme dans tout acte authentique, mais qu'elle n'était pas obligatoire, à peine de nullité : le notaire n'a qu'une compétence territoriale, on la présume observée jusqu'à preuve du contraire (Parlement de Flandre, 25 février 1742 ; Conseil souverain d'Alsace, 29 août 1768) (1) ; cette opinion n'était pas sans trouver des contradicteurs qui exigeaient l'indication du lieu à peine de nullité.

4. Enfin, l'acte doit être signé de la ou des personnes publiques, des témoins et du testateur. La personne publique et les deux témoins doivent toujours savoir et pouvoir signer (voir plus haut). Seul le testateur peut en être incapable, par ignorance ou maladie ; il doit alors le déclarer et ses paroles sont mentionnées dans l'acte. Lorsqu'il signe, l'acte devra également spécifier qu'il a apposé sa griffe au bas de l'acte, de manière à empêcher toute signature postérieure à la cérémonie : l'ordonnance ne parle pas de cette formalité, mais peu importe, les Parlements l'exigeaient au début du xviii^e siècle et il n'y avait aucun motif d'y déroger. La déclaration du testateur qui ne peut signer doit être faite au notaire qui l'inscrit dans l'acte ; elle doit provenir de la bouche du testateur, le testament serait nul si le notaire la faisait lui-même de son propre chef ; il est inutile qu'elle soit précédée d'une demande du notaire, le disposant peut en prendre l'initiative et il n'est pas nécessaire pour lui de donner plus de détails, comme par exemple d'indiquer le motif pour lequel il est privé de ses facultés.

Point n'est besoin de faire appel à un formalisme spécial si le testateur est aveugle, deux témoins suffisent ; s'il

(1) Merlin, l^r c^o, p. 324 ; il est vrai que l'ordonnance d'Orléans n'avait pas été enregistrée en Flandre et en Alsace.

est muet, il ne peut employer cette forme, car il ne peut dicter ses volontés : il lui reste le mode olographe ; le sourd, qui sait lire, peut tester devant notaires, l'officier public lui donnera l'acte à relire après l'avoir lu pour les témoins, et mentionnera cette formalité spéciale.

L'art. 23 de l'ordonnance ne dit pas si le testament solennel coutumier doit être dressé *uno contextu*, comme elle le spécifie pour le testament nuncupatif écrit ; il en résulte que le droit coutumier est moins rigoureux sur ce point que le droit écrit : on n'exigera l'unité de contexte absolue qu'en présence d'un usage local ou pour les coutumes qui renvoient directement au droit romain en cas d'absence de texte. Mais rappelons, en terminant, que les témoins et la personne publique doivent assister à toute la cérémonie.

CHAPITRE III

DROIT ÉCRIT

« Pour la forme des testaments, le roi a bien voulu se
« conformer avec la plus grande attention au goût et à
« l'inclination des peuples qui suivent le droit écrit, en
« conservant exactement les formes établies par les lois
« romaines ; mais comme ces lois avaient été différem-
« ment observées, la nouvelle ordonnance a autorisé les
« règles qui sont non seulement les plus convenables à
« l'utilité publique, mais les plus conformes au texte des
« mêmes lois... Sa Majesté désire que l'incertitude ou la
« variété des maximes ne soit plus désormais une manière
« toujours nouvelle de doutes et de procès. L'intérêt des
« familles nobles, dont les testaments ne causent que trop
« souvent la ruine, est un des principaux objets que Sa
« Majesté a eu en vue à cette occasion » (d'Aguesseau) (1).

Le chancelier entend donc maintenir la dualité de législation. Mais il veut préciser les points douteux du droit écrit comme ceux du droit coutumier et, au besoin, les corriger au nom de l'intérêt public. Sa dernière phrase montre que ces précisions et ces corrections furent dictées par les idées coutumières dont il était imbu. Les principales formes romaines furent maintenues mais très modifiées.

(1) D'Aguesseau, Lettre 324 du 13 août 1736 au Parlement de Grenoble ; Lettre n° 332 du 16 août 1737 au Parlement de Provence.

Nous avons vu plus haut ce que devinrent le testament militaire et le testament fait en temps de peste.

Il nous reste à parler du testament mystique, puis du testament nuncupatif : « L'usage des testaments nuncupatifs écrits et des testaments mystiques ou secrets continuera d'avoir lieu dans les pays de droit écrit » (art. 4) ; enfin, du testament *inter liberos* également maintenu dans le Midi (art. 15).

SECTION I. — Testament mystique (1).

« Lorsque le testateur voudra faire un testament mystique, il sera tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même, ou qu'il les ait fait écrire par un autre et sera le papier qui contiendra lesdites dispositions ensemble le papier qui servira d'enveloppe s'il y en a une, clos et scellé... ; le testateur présentera ledit papier, ainsi clos et scellé, à sept témoins au moins, y compris le notaire, ou il le fera clore et sceller en leur présence, et il déclarera que le contenu audit papier est son testament écrit et signé de lui ou écrit par un autre et signé de lui ; ledit notaire en dressera l'acte de suscription qui sera écrit sur ledit papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ; et sera ledit acte signé tant par le testateur que par le notaire ou tabellion, ensemble par les autres témoins, sans qu'il soit nécessaire d'y apposer le sceau de chacun des témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite sans divertir à autres actes ; et en cas que le testateur, par un empêchement survenu depuis la signature du testament ne puisse signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration qu'il en aura faite,

(1) Voyez Furgole, II, 3, 21 et suiv.

« sans qu'il soit besoin , en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins » (art. 9).

« Si le testateur ne sait signer ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription un témoin en sus, lequel signera l'acte avec les autres témoins et il sera fait mention de la cause pour laquelle le dit témoin aura été appelé » (art. 10).

La forme mystique est conservée sans grand changement ; d'Aguesseau ne lui fait subir que quelques modifications de détail qui mettent fin à des discussions des commentateurs.

Le ministère du notaire devient nécessaire ; nous avons vu qu'auparavant, si cet officier public n'avait point besoin d'être appelé à peine de nullité, en fait le testament avait toujours lieu en sa présence ; il y a là un changement plus théorique que pratique : le chancelier a pensé que le ministère d'un homme de loi était toujours indispensable pour dresser un acte aussi compliqué et éviter les nullités de forme.

Le disposant peut faire écrire ses volontés par qui bon lui semble. Elles doivent être datées des jours, mois et an (art. 38) ; auparavant, la date suffisait dans l'acte de suscription, c'est une innovation du chancelier qui a été supprimée à nouveau dans le Code civil. Il faut que le testateur signe ses dispositions, sinon il sera appelé un huitième témoin à la suscription ; ce témoin supplémentaire doit toujours savoir et pouvoir signer, même dans les campagnes.

Le huitième témoin n'est nécessaire que si le testament lui-même n'est pas signé ; si le disposant, pour une cause quelconque, après l'avoir signé, devient incapable d'apposer son nom sur l'acte de suscription, les sept témoins ordinaires suffisent.

Le testateur doit présenter ses dispositions closes ou les

faire clore devant les témoins ; l'on n'admettrait donc pas de testament mystique ouvert, où le testament et l'acte de suscription seraient écrits à la suite sur la même feuille de papier : il faut un acte fermé, à peine de nullité ; on a craint qu'un testament apparent ne soit trop facile à raturer et à gratter lorsqu'il avait été rédigé par un tiers dont l'écriture était mal connue ; cette mesure mit fin aux discussions antérieures à ce sujet. L'acte peut être clos lui-même ou mis sous enveloppe : un sceau quelconque, c'est-à-dire une effigie ou même un tas de cire suffit pour le fermer. Si la feuille, quoique dûment cachetée, n'était pas close complètement, il n'y aurait pas de nullité pourvu que le cachet empêchât de l'ouvrir ou de retirer l'acte de son enveloppe.

Les usages n'étaient pas très fixés quant à l'apposition des sceaux des témoins ; l'ordonnance, pour remédier à cette incertitude, ne défend pas à chaque témoin de mettre son cachet, mais elle ne l'exige plus en aucun cas, leur signature offrant des garanties bien préférables (1).

Il est inutile que les témoins aient été convoqués à dessein pour assister à la cérémonie.

En présentant son testament aux témoins et au notaire, le disposant doit déclarer par qui il a été écrit et si lui-même l'a signé. Le notaire, en dressant immédiatement son acte de suscription, doit répéter ces paroles du testateur (voyez toutefois Cassation, 15 juillet 1806) (2).

L'acte de suscription est un acte notarié ordinaire. Il doit donc être daté du jour, mois et an (art. 38) ; le testament, quoiqu'il doive être daté intérieurement, ne prendra rang que de cette nouvelle date. Le lieu doit y figurer autant

(1) D'Aguesseau, lettre 333 du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence.

(2) Merlin, 1^o c^o, p. 437 et suiv.

que possible. D'après l'ordonnance, maints notaires conservant leur ancienne manière d'agir, ne se donnaient pas la peine de tenir la plume eux-mêmes ; mais des déclarations du 24 mars 1745, 26 janvier 1751 et 6 mars 1751, validant les nombreux actes écrits antérieurement par les clercs des notaires, exigèrent, à peine de nullité, à l'avenir que l'officier public écrivît en personne (1). Il n'est point besoin de spécifier que l'acte de suscription a été relu aux personnes présentes. Mais il doit être signé de tous, et mention de ces signatures doit être insérée. Les témoins doivent tous savoir signer dans les villes ; dans les campagnes, il suffit de deux personnes pouvant écrire leur nom, et peu importe pour le surplus ; ceux qui ne peuvent signer doivent le dire au notaire qui fait figurer leurs déclarations dans l'écrit ; le notaire ne pourrait, à peine de nullité, mentionner cette déclaration de son propre chef, sinon elle serait devenue de style ; il suffit, d'ailleurs, qu'il soit indiqué que le témoin n'a pu signer « de ce requis » parce qu'il ne savait ni lire, ni écrire (Paris, 24 juillet 1760, 12 septembre 1761) ; tout ce que désire la loi, c'est que l'intéressé ait été requis.

Le testateur doit signer également : s'il ne le peut, il doit faire une déclaration analogue à celle des témoins, qui sera transcrite également par l'officier public.

L'aveugle et toute personne qui ne sait ni lire, ni écrire, ne peuvent tester de la sorte (art. 11) ; la preuve qu'un individu ne sait point lire peut être faite par témoins (Grenoble, 8 juillet 1777), mais il faut une preuve précise. Celui qui sait lire seulement doit appeler un huitième témoin. Lorsque le testateur est muet, mais peut écrire, il a la faculté de tester mystiquement à condition que ses

(1) Denisart, « Décisions », V^o Testament mystique, n^{os} 11 et 12 ; — Furgole, II, 3, 79.

dispositions soient entièrement écrites, datées et signées de sa main comme pour un testament olographe ; il les présente au notaire et aux témoins et écrit devant eux en haut de l'acte de suscription que l'acte par lui présenté contient ses dernières volontés ; le notaire doit écrire lui-même l'acte de suscription en mentionnant que la déclaration écrite du testateur a été rédigée en sa présence et en présence des témoins (art. 12).

Il faut procéder à toute la cérémonie devant toutes les personnes réunies à la fois sans désemperer, *uno contextu* ; la loi craint une substitution d'enveloppe (art. 9). Toutes les autres formalités exigées en supplément par les coutumes sont supprimées ; il n'est point dérogé aux statuts locaux qui exigent un nombre de témoins moindre que celui exigé par l'ordonnance, à charge néanmoins d'appeler un témoin en sus si le disposant n'a pas signé le testament lui-même (art. 13).

SECTION II. — Testament nuncupatif écrit (1).

« Lorsque le testateur voudra faire un testament nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions en présence au moins de sept témoins, y compris le notaire ; lequel écrira lesdites dispositions à mesure qu'elles seront prononcées par le testateur, après quoi sera fait lecture du testament entier audit testateur, de laquelle lecture il sera fait mention par ledit notaire ; et le testament sera signé par le testateur, ensemble par le notaire et par les autres témoins, le tout de suite et sans divertir à autres actes. Et en cas que le testateur déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il en sera fait mention » (art. 5).

(1) Furgole, II, 3, 13 et suiv.

D'Aguesseau prétend n'avoir fait que reproduire les règles romaines (1). En réalité, nous ne retrouvons plus du tout le testament nuncupatif du droit écrit. Sauf quelques points de détail, la nouvelle forme de d'Aguesseau n'est pas autre chose que le testament solennel coutumier passé devant un notaire et deux témoins, à cette différence près que six témoins sont nécessaires au lieu de deux ; il suffit de comparer l'art. 5 et l'art. 23 de l'ordonnance de 1735 pour voir cette similitude.

Le nom de testament nuncupatif ne peut se justifier que par l'histoire, car la nuncupation n'est plus guère apparente ; sans doute, l'ordonnance déclare que le testateur « prononcera intelligiblement ses dispositions » devant sept témoins dont un notaire qui les écrira ; mais quelle différence y a-t-il entre cette formalité et celle de l'art. 23 qui ordonne, pour le testament coutumier, au notaire « d'écrire les dernières volontés du testateur telles qu'il les « dictera » : une pure différence de mots, faite pour contenter les méridionaux et leur laisser croire que l'ancienne forme romaine où le paterfamilias déclarait ses volontés devant le libripens, le familiæ emptor et les cinq témoins (2) leur avait été conservée. Alors que le testament nuncupatif, même celui qui était rédigé par écrit, prenait, jusqu'en 1735, sa force dans la déclaration verbale du disposant devant sept témoins, le testament nouveau a sa base dans l'acte dressé par un notaire, officier public, sous la dictée du testateur. Le notaire qui n'était qu'un personnage accessoire et facultatif, appelé seulement à titre officieux pour contribuer à fournir une preuve de la céré-

(1) D'Aguesseau, Lettre n° 333 du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence.

(2) Voyez Lettre n° 324 de d'Aguesseau du 13 août 1736 au Parlement de Grenoble : « Le testateur doit *prononcer publiquement* toutes ses dispositions ».

monie, devient la personne publique qui reçoit l'acte et qui lui donne sa force et en assure la validité. L'ordonnance paraît, au contraire, diminuer son rôle et le fait intervenir comme simple témoin, alors qu'auparavant il fallait sept témoins plus le notaire, l'officier public est compté parmi les sept témoins comme pour le testament mystique. Mais il ne faut pas se fier aux apparences.

Le notaire doit écrire le testament en personne, phrase par phrase, sous la dictée (sans qu'il soit besoin de noter expressément dans l'acte cette opération) ; tout testament écrit par un clerc sera nul ; quelques Parlements du Midi voulurent résister (arrêts du Parlement de Provence de 1738 et 1741), mais des lettres patentes du roi du 25 mars 1745 vinrent mettre fin à cette tentative (1), il n'y eut plus de discordance (Paris, 9 décembre 1740, 27 août 1742 et 3 septembre 1742 ; Toulouse, 28 août 1742 et 2 septembre 1746 ; l'Alsace fut la dernière à se soumettre : décision du 20 juin 1752) (2). Si le notaire se porte comme légataire, le legs est nul car « sibi abscripit in testamento », et il ne peut plus figurer comme personne publique, de sorte que l'acte entier tombe (3). Les témoins doivent assister à toute la dictée et tous ensemble ; il est inutile de mentionner qu'ils ont été priés et requis à cet effet (art. 6) (4).

L'officier public doit relire l'acte en entier et mention de cette lecture doit figurer dans l'écrit (Grenoble, Chambres réunies, 5 mars 1743) ; il n'y a pas de termes sacramentels (Grenoble, 29 mai 1741), mais il faut employer une for-

(1) D'Aguesseau, Lettre 331 du 11 février 1737 au Parlement de Toulouse ; Lettre n° 344 du 31 mars 1745 au Parlement de Provence ; Lettre n° 349 du 26 janvier 1750 ; — Voir page 271, note 1. .

(2) Denisart, « Décisions », V° Testament nuncupatif, n° 7 et 8.

(3) Furgole, II, 3. 87

(4) D'Aguesseau, Lettre n° 347 du 30 octobre 1748 au Parlement de Dijon.

mule claire, d'Aguesseau proteste contre les expressions bizarres dont faisaient usage certains notaires (1) ; c'est le notaire, en son propre nom, qui doit certifier avoir relu ; la jurisprudence juge inutile d'entrer dans plus de détails (Provence, 19 décembre 1743 ; Grenoble, 22 mai 1742, 6 février 1772, 23 mars 1775, 23 mars 1778 et 17 février 1782 ; Dijon, 25 juin 1778), cependant d'Aguesseau (2) désire qu'il soit spécifié que la lecture a été faite « au testateur » et une déclaration royale du 7 août 1783 l'exige dans le ressort du Parlement de Toulouse ; les autres Parlements ne changèrent point d'avis, même après cette décision du roi (3).

Le notaire, les témoins et le disposant doivent signer ; les témoins doivent savoir signer dans les villes ; dans les campagnes, il suffit de deux personnes capables d'écrire leurs noms ; théoriquement, le notaire compte parmi les témoins, mais en pratique, il sera prudent d'appeler deux témoins qui puissent signer avec lui. L'officier public doit mentionner les signatures ou les déclarations de ceux qui ne peuvent signer ; il suffit de renvoyer à ce qui a été dit à propos du testament solennel coutumier et de la suscription du testament mystique.

La date est nécessaire, à peine de nullité (art. 38).

L'acte doit être dressé sans divertir à aucune autre occupation : c'est un vestige du droit romain, il y a sur ce point une petite différence avec le testament solennel coutumier. Le muet ne peut dicter son testament, la forme nuncupative lui est interdite (art. 8).

L'aveugle peut tester de cette façon, à condition d'ap-

(1) D'Aguesseau, Lettre n° 339 du 30 novembre 1742 au Parlement de Grenoble.

(2) D'Aguesseau, l° c°.

(3) Merlin, l° c°, p. 360 et suiv.

peler un témoin en supplément (art. 7), ce témoin devra toujours savoir et pouvoir signer. Il n'est point dérogé aux coutumes qui permettent d'appeler un nombre moindre de témoins ; mais il faut toujours appeler une personne en surplus en cas de cécité du disposant (art. 13).

SECTION III. — Testament « *inter liberos* ».

« Le nombre des témoins requis... ne sera point nécessaire pour la validité des testaments faits entre enfants et descendants dans les pays régis par le droit écrit ; et il suffira que lesdits testaments soient faits en présence de deux notaires... ou d'un notaire et de deux témoins » (art. 15). « Voulons pareillement que les testaments qui seront entièrement écrits, datés et signés de la main du testateur... soient valables dans lesdits pays de droit écrit entre les enfants et descendants ; déclarons nuls tous ceux qui ne seraient pas revêtus au moins d'une des formes portées par le présent article et par le précédent » (art. 16).

Les partages d'ascendants dans les pays où ils sont en usage sont assimilés, quant aux formes, aux testaments *inter liberos* (art. 17). On peut donc employer soit la forme olographe, soit la forme mystique ou nuncupative par devant deux notaires ou un notaire et deux témoins : en ce cas, toutes les autres règles de forme des testaments de ce genre doivent être suivies.

Selon Furgole, le nombre des témoins n'a point besoin d'être augmenté quand même le testateur serait aveugle ou n'aurait pas écrit ni signé le corps du testament mystique (1). L'acte doit toujours être daté des jours, mois, an, à peine de nullité (art. 38).

(1) Furgole, II, 3, 32.

Les dispositions au profit d'étrangers insérées dans un testament de ce genre sont nulles (art. 18) mais n'entachent pas de nullité le reste de l'acte. Les héritiers ab intestat autres que les descendants ne jouissent d'aucune faveur spéciale.

SECTION IV. — **Autres testaments.**

Le testament olographe ne peut être employé que dans les endroits où il était déjà en usage ; il ne fut pas étendu à toute la France comme l'avaient souhaité Michel de Marilhac, Lamoignon et d'autres excellents esprits.

Non seulement plusieurs Parlements du Midi se montrèrent hostiles à cette mesure, mais d'Aguesseau lui-même y tenait peu : au Parlement de Toulouse, qui en était partisan, il répondit qu'en droit écrit il n'y avait point de réserve et que l'on pouvait disposer de presque tous ses biens ; donc, pour sauvegarder les familles, il fallait une plus grande solennité ; de plus, comme on pouvait tester à l'âge de 12 ans ou 14 ans, il était à craindre que le mari n'abusât de son pouvoir sur sa femme si les formes étaient trop simplifiées ; enfin, le mode olographe était imparfait car il n'offrait point de date certaine (1) ; toutes ces raisons ne sont que des faux-fuyants pour essayer de restreindre les testaments et de maintenir le plus possible les biens dans les familles.

Le testament passé devant le curé subsista dans les très rares régions du Midi où la coutume l'admettait expressément (art. 25) ; d'Aguesseau ne veut plus que les prêtres aient un rôle quelconque à jouer dans les testaments de forme romaine, car il juge qu'il est très peu fréquent de

(1) D'Aguesseau, Lettre n° 331 du 11 février 1737 au Parlement de Toulouse.

trouver chez un curé assez de science juridique pour se conformer exactement aux règles du droit romain, qui sont bien plus difficiles à observer en ce qui concerne la forme et la solennité des testaments que celles du droit coutumier (1) ; le curé doit toujours être assisté de deux témoins ; le vicaire ne peut jamais exercer.

L'ordonnance ne déroge point aux coutumes et usages des pays où les officiers de justice ou municipaux sont autorisés à recevoir les testaments (art. 24) : le testament *apud acta* persiste donc dans les régions où il était admis auparavant.

SECTION V. — **Codicilles. — Révocation des testaments.**

Les codicilles continuent à pouvoir être rédigés devant cinq témoins ; ils peuvent même être passés devant moins de personnes si la coutume du lieu le permet (art. 14). On exige un témoin de surplus pour le codicille de l'aveugle ou pour la suscription du codicille mystique non signé.

Sauf cette faveur, les codicilles sont soumis aux mêmes formes que les testaments ; ils doivent notamment être toujours datés des jours, mois et an, à peine de nullité (art. 38). Toute disposition qui n'est point faite par codicille ou testament est inexistante ; il n'existe plus de fidéicommis prenant naissance sans acte formel. La clause codicillaire est maintenue (art. 57). Lorsque cette clause existe, l'héritier institué qui a demandé l'exécution des dispositions en considérant son titre comme un codicille ne peut plus agir en vertu du testament ; mais s'il a agi d'abord au titre testamentaire, il peut se prévaloir ensuite de la clause

(1) D'Aguesseau. Lettre 318 du 14 juillet 1736 au Parlement de Bordeaux.

codicillaire et ce jusqu'à ce qu'il soit intervenu un arrêt définitif ou un jugement passé en force de chose jugée relatif au dit testament (art. 67).

L'ordonnance ne parle pas de la révocation des testaments mais elle assujettit les testaments en faveur des successeurs ab intestat autres que les enfants aux règles ordinaires, de sorte qu'elle abroge la disposition du droit romain qui permettait de révoquer devant cinq témoins les dispositions en faveur d'étrangers lorsque cette révocation devait profiter aux héritiers du sang (1).

Signalons, en terminant, l'art. 47 :

« Toutes les dispositions de la présente ordonnance, qui
« concernent la date et la forme des testaments, codicilles
« ou actes de dernière volonté, et les qualités des témoins
« seront exécutées, à peine de nullité, sans préjudice des
« autres moyens tirés des dispositions des lois ou des coutumes, ou de la suggestion et captation desdits actes ;
« lesquelles pourront être alléguées, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux à cet effet, pour y avoir par
« nos juges tel égard qu'il appartiendra. »

(1) Furgole, II, 1, 87.

CONCLUSION

I .

Pendant la période révolutionnaire, les formes testamentaires subirent quelques changements de détail, mais l'ossature de l'ancien droit ne céda point.

L'Eglise perdit ses dernières attributions. Le droit de recevoir les dispositions de dernière volonté fut enlevé aux curés comme le droit de tenir les actes de naissance, de mariage ou de décès. Les aumôniers perdirent également tout pouvoir.

La Révolution supprima les notaires apostoliques en septembre-octobre 1791 (ils n'avaient plus aucune attribution qui puisse nous intéresser) et les notaires seigneuriaux ; ce fut une conséquence de la disparition des justices ecclésiastiques et féodales.

L'art. 24 du titre 1^{er} de la loi du 13-20 avril 1791 enleva aux officiers de justice la faculté de recevoir des testaments qu'ils avaient encore dans certaines coutumes.

Les notaires restèrent finalement les seules personnes qualifiées pour recevoir les testaments solennels, nuncupatifs et mystiques ; le notariat fut entièrement refondu, le tabellionat aboli par la loi du 25 ventôse an II ; cette loi qui règle les formes des actes notariés en général, était applicable aux dispositions de dernière volonté sur tous les points où elle n'était point en opposition avec l'ordonnance de 1735 ; en cas de conflit, l'ordonnance devait l'emporter, car « *specialibus generalia non derogant.* » A côté des

testaments notariés, la forme olographe resta sans modifications.

L'esprit révolutionnaire se montra d'ailleurs très peu favorable à la liberté de tester. Bien moins imbus que les juristes de l'ancien régime de l'idée de conserver les biens dans les familles, mais surtout pour éviter le retour au droit d'aînesse et toute inégalité entre les enfants, les nouveaux législateurs établirent une réserve énorme et réduisirent la quotité disponible par testament à une quantité tout à fait négligeable : $\frac{1}{10}$ en présence d'héritiers en ligne directe, $\frac{1}{6}$ s'il n'y avait que des collatéraux (voir la loi du 17 nivôse an II, art. 16).

II

Il était donné aux auteurs du Code civil de réglementer pour la première fois en entier et d'unifier la législation française. La distinction des pays de droit écrit et de ceux de droit coutumier tomba. Tous les modes accessoires ou exceptionnels de tester furent supprimés, car Bonaparte voulait une loi simple. Restaient les quatre grandes formes : olographe, solennelle coutumière, mystique et nuncupative écrite. Elles furent conservées ; mais comme le testament solennel du Nord et le testament nuncupatif ne différaient plus guère que par le nombre des témoins, la nouvelle loi les réunit en une forme unique et adopta un moyen terme, elle exigea que l'acte authentique fût passé par devant deux notaires et deux témoins ou un notaire et quatre témoins ; le testament olographe et le testament mystique furent maintenus à peu près sans changement. Ces trois formes furent étendues uniformément à toute la France : la forme olographe put être employée à Perpignan et la forme mystique à Lille ; comme pour les régimes matrimoniaux, le Code civil a conservé à la fois les usages

romains et les usages canoniques et coutumiers en les rendant accessibles dans le pays tout entier.

III

En fin de compte, il ne faut pas se dissimuler que les formes du droit coutumier l'ont emporté. La place prépondérante donnée aux usages des pays du Nord et à la jurisprudence parisienne dans l'ordonnance de 1735 s'accroît en 1804 ; l'on s'aperçoit que Paris est la capitale de la France et que les lois y sont rédigées.

Le testament notarié actuel est la reproduction du testament authentique de la coutume de Paris ; le testament nuncupatif écrit n'existait pour ainsi dire que de nom depuis les réformes de d'Aguesseau, il avait été remplacé par une réplique de la forme solennelle coutumière. Le testament olographe ne tardera pas à acquérir le premier rang et à être de plus en plus usité, à mesure que l'écriture se répandra dans les villes et dans les campagnes les plus retirées. Sans doute la forme mystique est conservée, mais en pratique elle sera de bien peu d'utilité ; le mode olographe lui fait une redoutable concurrence, car il assure encore plus de secret aux dispositions, est plus pratiqué et moins sujet aux nullités ; l'acte mystique ne reste employé que dans les rares occasions où un testateur sachant lire, mais non écrire, désire ne pas révéler le contenu de ses dispositions au notaire et aux témoins ; du moment que la loi admettait des manières de disposer plus faciles et de résultat équivalent, à côté de celles plus solennelles du droit romain, les testateurs même dans le Midi ne tardèrent pas, après quelques années de routine, à délaisser presque complètement les actes les plus compliqués : la lutte n'était pas égale.

Les formes simples du droit septentrional sont donc

restées victorieuses. Les deux modes employés usuellement de nos jours pour tester — authentique et olographe — sont d'origine coutumière. Il est naturel qu'à une époque où le droit prétend se débarrasser de tout vain formalisme, les solennités aient été réduites au strict nécessaire : il est impossible de les supprimer complètement si l'on veut écarter les fraudes, mais il faut laisser de côté toutes les complications imaginées par les législateurs romains et devenues inutiles par suite du changement des mœurs et du développement de la civilisation. Les rédacteurs du Code civil n'ont fait qu'adopter sans s'en douter les idées du droit canon ; certes, ils n'ont pu se départir, comme les conciles du Moyen-Age, de toute formalité, mais ils n'ont conservé que le minimum obligatoire pour empêcher les personnes peu scrupuleuses d'inventer de fausses dispositions et pour assurer à la volonté du mourant une exécution rapide et conforme à ses intentions.

Si le droit coutumier prédomine dans l'œuvre de 1804 pour tout ce qui concerne les formes testamentaires, il faut noter un revirement quant au fond des dispositions de dernières volontés. Ici c'est plutôt l'esprit du droit romain qui l'emporte. Sans doute l'institution d'héritier ne vaut plus qu'à titre de legs (art. 1002 du Code civil), mais c'est une suppression toute théorique ; car on peut recourir au legs universel ou à titre universel, et le légataire universel a la saisine en l'absence de réservataires, ce qui lui donne des pouvoirs identiques à ceux d'un héritier ab intestat. La réserve est notablement diminuée et n'est plus admise qu'en faveur des parents en ligne directe : elle se rapproche plus de la légitime que de la réserve coutumière.

Cette transformation est due également à une évolution dans les mœurs. L'idée de famille s'est trouvée très attaquée lors de la Révolution qui a proclamé les droits de

l'individu comme fondement du nouvel état social, tandis qu'auparavant l'on professait l'effacement de chaque individu dans l'organisme social dont la cellule familiale était la base. Il est dès lors inutile de conserver les biens aux parents du sang ; il est moral que le mourant ne dépouille pas complètement sa famille en ligne directe, car il doit exister entre des personnes issues les unes des autres des liens d'affection, et c'est pour elles un devoir que de se secourir mutuellement ; mais il n'y a aucune raison dans une société individualiste comme la nôtre pour obliger un père de famille à laisser sa fortune à des collatéraux éloignés qu'il ne connaît pas, plutôt qu'à des amis qu'il fréquente et peut apprécier chaque jour (1). Le droit des collatéraux ne s'explique que dans une société hiérarchisée qui place la situation et le rang des familles au-dessus des droits de chaque membre pris individuellement ; or, cette civilisation n'est plus la nôtre (2).

D'ailleurs, le Code civil n'est pas aussi favorable aux dispositions testamentaires que ne l'était le droit écrit ; il ne fait point passer comme lui dans tous les cas les héritiers libre-

(1) Cette idée ne s'est point dégagée immédiatement des principes de 1789. La Révolution s'est au contraire montrée très sévère à l'égard des testaments, car elle craignait qu'ils ne servissent d'instrument à la noblesse pour conserver le droit d'ainesse (voir plus haut). Ce ne fut que lorsqu'il n'y eut plus à craindre une réaction de ce genre (en 1804), que du principe individualiste sont découlées des prescriptions bienveillantes en faveur des testaments.

(2) Notons d'ailleurs que la restriction des dispositions testamentaires n'est pas forcément le corollaire d'une législation au profit de l'esprit de famille. Le Play, qui rêvait de rétablir dans notre société les familles souches, demanda au contraire l'entière liberté de tester du père de famille pour lui permettre de rétablir le droit d'ainesse s'il le juge utile ; dans le droit romain primitif, la famille fortement organisée coexistait avec les prérogatives du « pater familias ».

ment choisis par le disposant avant les héritiers ab intestat, et il est possible de mourir « partim testatus, partim intestatus. » L'esprit coutumier de nos Parlements septentrionaux n'a pas pu être déraciné aussi complètement par l'esprit révolutionnaire et une telle réforme aurait été trop radicale et contraire à l'état de nos mœurs ; car si l'importance sociale des liens du sang a diminué, elle n'a heureusement point totalement disparu. Néanmoins, il y a un progrès considérable en faveur de la liberté de tester, si l'on compare le Code civil à la législation et à la jurisprudence du Parlement de Paris du xviii^e siècle (1). Il semble qu'un juste équilibre se soit établi en matière testamentaire, aussi bien pour la forme que pour le fond des dispositions, et que l'on ait enfin réussi à éviter à la fois de donner de trop grandes facilités aux testateurs et de trop diminuer les droits des légataires au profit des héritiers ab intestat.

(1) Voyez notamment en ce qui concerne les annulations de testaments pour dol, captation, suggestion, legs « ab irato », etc..., beaucoup plus difficilement admises de nos jours qu'elles ne l'étaient avant 1789. PLANIOL, « Traité de droit civil », t. III, nos 2877, 2881 et suiv.; la suggestion n'était souvent qu'un prétexte d'annulation pour les Parlements dans l'ancien droit.

Vu ;

Le Président de la thèse,

CH. LEFEBVRE

Vu :

Le Doyen,

CAUWÉS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	v
I. Nécessité des formes testamentaires.....	v
II. Intérêt et vue d'ensemble du sujet.....	vi
III. Motifs de la multiplicité des formes testamentaires dans l'ancien droit.....	xv
IV. Plan.....	xv

PREMIÈRE PARTIE

LES FORMES DU TESTAMENT PENDANT LE MOYEN-AGE

Généralités.

CHAPITRE I. — Le Droit romain du Bas Empire.....	5
SECTION 1. — <i>Formes de testament privé</i>	5
A). Forme orale.....	5
B). Forme écrite.....	6
C). Forme olographe.....	7
SECTION 2. — <i>Formes de testament public</i>	7
A). Le testament « apud acta conditum »...	7
B). Le testament « principi oblatum ».....	7
SECTION 3. — <i>Formes anormales de testament</i>	7
SECTION 4. — <i>Enregistrement des testaments</i>	8
SECTION 5. — <i>Révocation des testaments</i>	9
CHAPITRE II. — Les testaments du VI ^e au X ^e siècle.....	10
SECTION 1. — <i>Les Gallo-Romains</i>	10
A). Les testaments au vi ^e siècle....	10
B). Les testaments aux vii ^e et viii ^e siècles...	12
C). Enregistrement.....	13
D). Révocation des testaments.....	13
SECTION 2. — <i>Les barbares</i>	16

CHAPITRE III. — Les testaments du X ^e au XVI ^e siècle... .	19
SECTION 1. — <i>Droit coutumier</i>	21
A). Testament canonique.....	22
B). Testament par acte public.....	25
C). Testament scellé.....	28
D). Testament olographe.....	29
E). Testament mystique.....	31
F). Révocation des testaments.....	32
SECTION 2. — <i>Droit écrit</i>	32
A). Formes romaines : 1. Testament écrit... ..	33
— 2. Testament oral... ..	38
— 3. Testament de formes spéciales	39
B). Testament canonique.....	40
C). Publication.....	42
D). Révocation des testaments.....	43

DEUXIÈME PARTIE

LE TESTAMENT DU XVI^e AU XVIII^e SIÈCLE

Généralités.

CHAPITRE I. — Le testament en droit coutumier.....	48
SECTION I. — <i>Notions générales</i> : I. Diminution de l'influence chrétienne.....	48
II. Augmentation du formalisme.....	50
III. Interdiction des dispositions orales.	55
IV. La règle « locus regit actum ».....	59
V. Le codicille en droit coutumier.....	61
SECTION II. — <i>Du testament olographe</i> . — I. Généralités	63
II. Rédaction de l'acte	66
III. La signature.....	69
IV. La date et le lieu.	70
V. Testament par lettres missives... ..	76
VI. Fin.....	77

SECTION III. — <i>Du testament authentique.</i> — I. En présence de		78
qui doit-il être passé ?		
A).	Le notaire royal.....	81
—	subalterne.....	90
—	ecclésiastique.....	91
B).	Le curé ou le vicaire : a) le curé.....	94
	b) le vicaire.....	96
	c) autres prêtres..	98
C).	Autres personnes.....	101
II.	Façon et clauses de l'acte.....	102
A).	L'acte doit être dicté.....	103
B).	L'acte doit être relu.....	111
C).	Différentes mentions : a) Dictée.....	112
	b) Lecture.....	115
	c) Absence de sug- gestion.....	117
	d) Autres mentions	118
III.	Présence des témoins ou du notaire en second.	119
IV.	Indication du lieu, de la date, etc.....	122
A).	La date.....	122
B).	Le lieu.....	123
C).	Qualité du testateur.....	124
V.	Signatures.....	124
A).	De la personne publique.....	125
B).	Du testateur.....	125
C).	Des témoins.....	131
SECTION IV. — <i>Formes extraordinaires de testament</i>		134
I.	Testament en faveur de la cause pie.....	134
II.	— militaire.....	137
III.	— du temps de peste.....	140
IV.	— mutuel.....	141
V.	— inter liberos.....	146
VI.	— maritime.....	146
VII.	Autres formes.....	147
SECTION V. — <i>Règles applicables à tous les testaments coutu- miers</i>		148
I.	Les témoins.....	148
II.	Ouverture et publication des testaments.....	156
A).	Ouverture (testament ouvert).....	156
—	(testament clos).....	159
B).	Contrôle et insinuation.....	162

SECTION VI. — <i>Révocation des testaments</i>	167
I. Révocation par écrit.....	167
II. Révocation par suppression de l'acte.....	169
III. Autres modes.....	169
IV. Clause dérogatoire.....	171
CHAPITRE II. — Le testament en droit écrit	177
SECTION I. — <i>Généralités</i>	177
SECTION II. — <i>Le testament mystique</i>	182
I. L'écriture.....	183
II. La confirmation de l'écriture.....	184
SECTION III. — <i>Le testament nuncupatif</i>	190
I. Testament nuncupatif oral.....	190
II. Testament nuncupatif écrit.....	193
III. Questions communes aux deux formes.....	199
SECTION IV. — <i>Autres formes de testaments</i>	202
I. Testament en faveur de la cause pie.....	202
II. — militaire.....	204
III. — en temps de peste.....	206
IV. — mutuel.....	208
V. — inter liberos.....	209
VI. — rustique.....	213
VII. Autres formes.....	214
SECTION V. — <i>Règles applicables à tous les testaments méridionaux</i>	216
I. Témoins.....	216
II. Preuve des testaments au décès du disposant....	222
a) Testament oral.....	222
b) — écrit non clos.....	225
c) — mystique.....	226
d) Contrôle des testaments.....	229
SECTION VI. — <i>Révocation des testaments</i>	230
I. Révocation tacite par la confection d'un testament ultérieur.....	230
II. Révocation expresse.....	231
III. — par destruction de l'écrit.....	232
IV. — par survenance d'enfant.....	232
V. Clause dérogatoire.....	233

SECTION IV. — <i>Autres testaments</i>	277
SECTION V. — <i>Codicilles. — Révocation des testaments</i>	278
CONCLUSION.....	281
I. La Révolution.....	281
II. Le Code civil.....	282
III. Conclusion générale.....	283

